

HÅNDHEVING AV LIKESTILLINGSLOVEN § 5

HVORDAN ANVENDES BEVISBYRDEREGELEN I LIKESTILLINGSLOVEN § 16 VED
SPØRSMÅL OM LØNNSDISKRIMINERING ETTER LIKESTILLINGSLOVEN § 5?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 540

25.11.2009

Antall ord:14961

23.11.2009

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	4
1.1. Presentasjon og presisering av tema.....	4
1.2. Avgrensninger	5
1.3. Det videre opplegget	5
2. HÅNDHEVING AV LIKELØNNSBESTEMMELSEN	7
2.1. Et tosporet prosesssystem	7
2.2. Hvordan føres bevis for håndhevingsorganene?	8
2.2.1. Ombudet.....	8
2.2.2. Nemnda.....	8
2.2.3. Domstolene	9
2.3. Forholdet til internasjonale klageorganer.....	9
2.3.1. Arbeidstakere	10
2.3.2. Advokater og fagforeninger	11
3. LIKELØNNSBESTEMMELSEN - LIK LØNN FOR ARBEID AV LIK VERDI....	12
3.1. Likestillingsloven § 5	12
3.2. Det materielle innholdet i § 5.....	12
3.2.1. Begrensning i anvendelsesområdet: "Samme virksomhet"	13
3.2.2. Lønnsbegrepet	13
3.2.3. Hva er "arbeid av lik verdi?"	13
3.2.4. Hvilke arbeidstakere kan sammenlignes?	14
4. BEVISBYRDEN I LIKELØNNSSAKER	15
4.1. Likestillingsloven § 16	15
4.2. Hva innebærer det at bevisbyrden er delt?	16
4.3. Hensyn bak bevisbyrderegelen	16
4.4. Det materielle innholdet i § 16.....	17
4.4.1. Arbeidstakers bevisbyrde.....	17
4.4.2. Arbeidsgivers bevisbyrde	17
5. RETTFERDIGGJØRELSE AV LØNNSDISKRIMINERING.....	18
5.1. Oversikt	18
5.2. Likestillingsloven § 3 fjerde ledd	18
5.2.1. Nærmere om saklighetsvurderingen	19
6. HVORDAN SKAL BEVISENE I DEN ENKELTE SAK VURDERES?.....	21
6.1. Oversikt	21
6.2. Dansk Høyesterettsdom av 24.9.2009	21
6.3. LDN sak 6/2007	23

6.4.	Hvilke krav kan vi på bakgrunn av disse avgjørelsene stille til håndtering av bevis? ...	25
7.	NÅR HAR LØNNSDIFFERENSIERING IKKE BLITT GODTATT?	27
7.1.	Ombudet sak 07/406	27
7.2.	LDN sak 17/2006 Typograf	28
8.	HVA ER BÆREKRAFTIGE ARGUMENTER FOR LØNNSDIFFERENSIERING?	29
8.1.	Oversikt	29
8.2.	LDN sak 23/2008 Harstad-saken	30
8.2.1.	Ansiennitet	30
8.2.2.	Markedsverdi	31
8.2.3.	Markedsverdi i forhold til kvinnekonvensjonen art 5.a.	32
8.2.3.1.	Er anvendelse av markedsverdi som unntaksadgang i strid med Kvinnekonvensjonen art. 5.a?	32
8.2.4.	Oppsummering av markedsverdi	35
8.2.5.	Tariffavtaler skal oppjustere lønnsnivået til generelle grupper	37
8.2.6.	Bemerkninger til LDN sak 23/2008	37
9.	ER DAGENS RETTSTILSTAND I SAMSVAR MED FOLKERETTSLIGE FORPLIKTELSER?	39
9.1.	Oversikt	39
9.2.	Er håndhevingen av likelønnsbestemmelsen for restriktiv?	40
9.3.	Hvilken betydning har flertallets uttalelse i Harstad-saken i forhold til EØS-rettslige forpliktelser?	41
10.	RETTSVIRKNINGER	42
10.1.	Etter diskrimineringsombudsloven	42
10.2.	Etter likestillingsloven	42
10.2.1.	Hvorfor brukes ikke domstolene oftere i likelønnssaker?	44
10.2.2.	Hva kan gjøres for at retten til erstatning og oppreisning skal bli mer brukt?	44
11.	OPPSUMMERING	46
11.1.	Arbeidsgiver	46
11.2.	Lovgiver	47
11.3.	Håndhevingsorganene	48
12.	KILDEOVERSIKT	50

1. Innledning

1.1. Presentasjon og presisering av tema

Kvinner tjener 85 øre for hver krone menn tjener. Dette lønnsgapet har vært tilnærmet stabilt siden midt på 1980- tallet¹. Likelønn er ett av tiltakene som blir frontet for å avhjelpe situasjonen. Likestillingsloven § 5 regulerer de ulovlige lønnsforskjellene i samfunnet. Denne bestemmelsen setter et forbud mot lønnsdiskriminering i arbeidsforhold. Dette er en viktig begrensning for arbeidstaker og arbeidsgivers avtalefrihet, og ett av de få eksemplene vi har på at lovgiver griper inn i lønnsdannelsen til den enkelte arbeidstaker. Etter denne bestemmelsen skal *”kvinner og menn i samme virksomhet ha lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi”*. Det avgjørende er at kvinner og menns verdiskapning i samfunnet verdsettes etter de samme objektive kriterier. Likelønnsprinsippet ble innskjerpet og presisert i 2002 med det formål å bli et mer effektivt virkemiddel i likelønnskampen. I dag er det derfor anledning til å sammenligne lønnsnivået i virksomheten på tvers av fag-, yrkesgrupper og tariffavtaler.

Likestillingsloven § 5 må ses i sammenheng med bevisbyrderegelen i likestillingsloven § 16. Bevisbyrden er etter denne bestemmelsen delt. Dette innebærer at dersom arbeidstaker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted forskjellsbehandling i strid med likelønnsprinsippet, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at slik forskjellsbehandling ikke har funnet sted, eller ikke er i strid med likestillingsloven § 5. Likestillingsloven § 16 er avgjørende for at det skjer en effektiv håndheving av likestillingsloven § 5. En ting er at bevisbyrden har gått over fra arbeidstaker til arbeidsgiver. Et annet spørsmål er hvordan håndhevingsorganene anvender og tar stilling til de konkrete bevis i den enkelte sak. Likestillingsloven sier intet om hvordan håndhevingsorganene skal håndtere de bevis som fremkommer under bevisføringen. Jeg vil derfor se på hvordan håndhevingsorganene tar stilling til disse ved avgjørelse av om det foreligger lønnsdiskriminering. Det vil ikke foreligge brudd på likelønnsprinsippet dersom arbeidsgiver klarer å oppfylle sitt beviskrav. Hvor håndhevingsorganene legger terskelen etter bevisbyrderegelen påvirker derfor innholdet av likestillingsloven § 5. I dag er det hovedsakelig Likestillings- og diskrimineringsombudet

¹ NOU 2008:6 side 26

(LDO/Ombudet) og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN/Nemnda) som håndhever brudd på likelønnsprinsippet. Disse organene ble opprettet 1.1.2006².

Til tross for beviskravet i § 16 og revideringen av § 5 i 2002 har tilnærmet ingen arbeidstakere vunnet frem med påstand om brudd på § 5. Dette har to forklaringer. I de saker som har blitt behandlet av håndhevingsorganene har det enten ikke vært ulik avlønning av arbeidstakerne, eller lønnsdifferensieringen har hatt et saklig formål. Det er lov å avlønne arbeidstakere forskjellig når det foreligger et legitimt formål bak ordningen³. Desto større unntaksadgangen i forhold til likestillingsloven § 5 er, dess vanskeligere vil det være for en arbeidstaker å vinne frem med påstand om urettmessig avlønning. Likestillingsloven § 5 og dens unntaksbestemmelse er følgelig to omvendt proporsjonale størrelser som gjensidig avgrenser hverandres anvendelsesområde. Derfor er spørsmålet om markedsverdi er et kjønnsnøytralt argument interessant. Norge har et av de mest kjønnsdelte arbeidsmarked i verden⁴, og det strides om markedsverdi bør godtas som unntaksadgang.

1.2. Avgrensninger

Avhandlingen er avgrenset til håndheving av likestillingsloven § 5, og hvordan samspillet mellom likestillingsloven § 5 og § 16 fungerer i praksis. Det strukturelle vern mot diskriminering vil ikke bli behandlet. Avhandlingen avgrenses også mot likelønsspørsmålet knyttet til deltidsarbeid, graviditet, fødsel eller pensjon, samt likestillingslovens regler om positiv særbehandling i forhold til lønn.

1.3. Det videre opplegget

Avhandlingen vil gå rett på problemstillingen: *"Håndheving av likestillingsloven § 5. Hvordan anvendes bevisbyrderegelen i likestillingsloven § 16 ved spørsmål om lønnsdiskriminering etter likestillingsloven § 5"*. Det vil gis en fremstilling av hvordan likestillingsloven § 5 håndheves i dag, og hvordan bevis føres for disse håndhevingsorganene. Det materielle innholdet av likestillingsloven §§ 5, 16 og 3 fjerde ledd vil bli kartlagt gjennom praksis fra Ombudet, Nemnda og EF-domstolen. For å gi arbeidstakere et effektivt vern mot lønnsdiskriminering stiller likelønnsprinsippet krav til arbeidsgiver, lovgiver og

²Diskrimineringsombudsloven § 1

³Likestillingsloven § 3 fjerde ledd

⁴NOU 2008:6 punkt 3.3

håndhevingsorganer. Avhandlingen vil sentrere seg rundt disse aktørene. På bakgrunn av folkerettslige forpliktelser må det også vurderes om dagens rettstilstand er i samsvar med disse. Her vil særlig Kvinnekonvensjonen art. 5 a og EØS-rettslige forpliktelser være relevante. Avslutningsvis vil det foretas en oppsummering av hvordan situasjonen er på dette feltet og hvordan innholdet av likestillingsloven § 5 kan effektiviseres.

2. Håndheving av likelønnsbestemmelsen

2.1. Et tosporet prosesssystem

Arbeidstaker kan velge å innklage arbeidsgiver til Likestillings- og diskrimineringsombudet eller de alminnelige domstolene. Den største forskjellen på å innklage arbeidsgiver til Ombudet fremfor de ordinære domstolene, er at erstatning og oppreisning må tilkjennes av domstolene⁵. I de tilfellene saken gjelder spørsmål om en tariffavtales eksistens, gyldighet eller forståelse, er det arbeidsretten som må behandle saken⁶. Her er Nemndas kompetanse beskåret. Nemnda kan gi en begrunnet uttalelse om hvorvidt en tariffavtale eller en bestemmelse i en tariffavtale er i strid med likestillingsloven § 5⁷. De har ikke kompetanse til å treffe bindende vedtak.

I dag er det primært Ombudet som mottar klager på potensielle overtredelser av likelønnsbestemmelsen. Ombudet er i motsetning til domstolene et lavterskeltilbud⁸. Saksgangen er gratis, hurtigere og krever ikke advokatbistand. Ombudet er førsteinstans, med både pådriver- og håndheverrolle⁹. Nemnda er andreinstans og har til oppgave å behandle klager over uttalelser fra Ombudet i enkeltsaker¹⁰. Ombudet avsier ikke-bindende uttalelser, mens Nemnda har vedtakskompetanse¹¹. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid for avsluttede klagesaker mottatt av LDO var i 2007 13 uker. Saksbehandlingen for LDN var i 2008 i gjennomsnitt to måneder¹².

Det har vært cirka 47 nasjonale rettstvister om diskriminering siden 1978¹³. Svært få av disse har handlet om brudd på likestillingsloven § 5. Den manglende domstolsbehandlingen av likelønnssaker har ført til at det mangler prejudikater på dette feltet. Det er også lite underrettspraksis. Dette er med på å øke vekten av avgjørelsene til Ombudet og Nemnda. Her

⁵Likestillingsloven § 17

⁶Diskrimineringsombudsloven § 10

⁷Diskrimineringsombudsloven § 10 annet ledd

⁸Likestillings- og diskrimineringsombudet, 2008, side 25

⁹Diskrimineringsombudsloven §§ 1 jfr. 3

¹⁰Diskrimineringsombudsloven § 6

¹¹Diskrimineringsombudsloven § 4 jfr. § 7

¹²NOU 2009:14 punkt 22.7

¹³McClimans (2009)

er situasjonen slik at innholdet av § 5 ikke kan være et åpent spørsmål fordi vi mangler avgjørelser fra de alminnelige domstolene å støtte oss til¹⁴.

2.2. Hvordan føres bevis for håndhevingsorganene?

2.2.1. Ombudet

Ombudet¹⁵ har i hovedsak skriftlig saksbehandling og ikke vitneførsel. De skriftlige redegjørelsene fra partene blir fortløpende oversendt motparten for kommentarer. Dette skaper kontradiksjon. All dokumentasjon og bevismateriale i saken blir sendt til Ombudet før avgjørelse treffes. For at arbeidsgiver ikke skal bli ansvarlig for overtredelse av likestillingsloven § 5, har denne to alternativ. Arbeidsgiver må bevise at det ikke foreligger ulik avlønning av arbeidstakerne som gjør arbeid av lik verdi. Dersom det foreligger slik lønnsdifferensiering, må arbeidsgiver bevise at forskjellsbehandlingen er tillatt. Dette innebærer at forskjellsbehandlingen må ha et saklig formål uavhengig av kjønn, være egnet og nødvendig samt proporsjonal¹⁶.

For at arbeidsgivers bevisbyrde skal anses oppfylt, legger LDO¹⁷ vekt på om arbeidsgiver har skriftlig og tidsnær dokumentasjon. Det vil si at dersom arbeidsgiver påberoper seg at arbeidstaker ikke har like gode arbeidsprestasjoner som sammenligningspersonen, må dette underbygges på en eller annen måte. For eksempel gjennom skriftlige notater fra medarbeidersamtaler eller lønnsforhandlinger. Skriftlige dokumenter som er utarbeidet etter at klagesaksbehandlingen for Ombudet er satt i gang, har ikke samme bevisverdi. Her er Nemnda av samme oppfatning. Dette viser LDN sak 6/2007, som vil bli behandlet under punkt 6.3.

2.2.2. Nemnda

I likhet med Ombudet er det fortrinnsvis skriftlig dokumentasjonsfremleggelse for LDN. Nemnda treffer avgjørelse i et møte¹⁸ hvor alle parter i saken er samlet. Før saken skal opp i dette, sendes det ut et utkast til sakens parter med en redegjørelse av partenes standpunkter og

¹⁴Vigerust, 1998, side 69

¹⁵ Schwartz (2009)

¹⁶Likestillingsloven § 3 fjerde ledd

¹⁷ Schwartz (2009)

¹⁸ Helgeland (2009)

de faktiske forhold i saken. Når saken behandles kalles partene inn slik at de har mulighet til å forklare seg muntlig. Dersom partene ikke kan møte, kan de være tilstede via telefon. Partene gis anledning til å supplere den skriftlige dokumentasjonen. Nemndas medlemmer kan også stille spørsmål til partene. Det foretas ikke en gjennomgang av alt bevismateriale i saken. Etter denne bevisføringen rådslår Nemnda i et lukket møte og tar stilling til saken. I de fleste sakene blir Nemndas konklusjon utformet og meddelt partene og Ombudet umiddelbart etter møtets slutt¹⁹.

Nemnda og Ombudet er underlagt forvaltningslovens regler, og har en selvstendig plikt til å opplyse saken før vedtak treffes²⁰. Dette vil være med på å ivareta den svake part i saken, og kan rette opp ulempen ved å føre sak uten advokatbistand.

2.2.3. Domstolene

Ved domstolsbehandling er det reglene i tvistelovens kapittel fem som styrer bevisfremleggelsen. De største prosessuelle forskjellene ved å anlegge sak for domstolene fremfor Ombuds- og Nemndsbehandling er bruk av vitner og tidspunktet for når faktum i saken fremlegges. Bruk av vitneforklaringer er tilnærmet ikke-eksisterende hos Ombudet og Nemnda. Ved domstolsbehandling reguleres dette etter reglene i tvisteloven kapittel 23. Dommeren tar i motsetning til Ombudet og Nemnda standpunkt til det som fremkommer av bevis under hovedforhandling²¹. Det er partene selv som må sørge for at saken blir fullstendig opplyst²². Partene har rett til å føre de bevis de ønsker. I tillegg har arbeidsgiver og arbeidstaker også en plikt til å gi forklaring om de faktiske forhold i saken²³.

2.3. Forholdet til internasjonale klageorganer

Internasjonale klageorganene som Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)²⁴ og Kvinnediskrimineringskomiteen²⁵ kan også håndheve brudd på likelønnsbestemmelsen.

¹⁹ Likestillings- og diskrimineringsnemnda, årsrapport 2008, side 6

²⁰ Forvaltningsloven § 17

²¹ Tvisteloven § 21-9

²² Tvisteloven § 21-4

²³ Tvisteloven §§ 21-3 jfr. 21-5

²⁴ Håndhever brudd på den Europeiske menneskerettsskommisjon (EMK). EMDs kompetanse er regulert i EMK del II

²⁵ Påser at statene håndhever sine forpliktelser etter Kvinnediskrimineringskonvensjonen. Komiteens kompetanse er regulert i konvensjonens del V. Konvensjonen gjelder som norsk lov, jfr. likestillingsloven § 1 b

Nasjonale klagemuligheter må imidlertid være uttømt for at en sak skal kunne reises for disse organene²⁶. Årsaken til dette er at nasjonale håndhevingsorganer skal ha anledning til å treffe avgjørelse i saken, og rette opp sine egne feil innad i systemet før internasjonale klageorganer kommer inn i bildet. For øyeblikket er det ikke en eneste Høyesterettsavgjørelse på feltet, noe som viser dette er klageadganger som ikke blir benyttet i praksis.

Individer kan også fremme klager direkte til EFTAs overvåkingsorgan ESA (Efta Surveillance Authority)²⁷. Dette er et organ som i henhold til EØS-avtalen skal påse, etter klager fra individer og på eget initiativ, at Norge håndhever og gjennomfører EU-direktiv. Dersom ESA har eller får mistanke om at det foreligger brudd på EØS-rettslige forpliktelser skal Overvåkingsorganet gjøre staten oppmerksom på forholdet, og gi den adgang til å uttale seg²⁸. Dersom ESA, etter å ha hørt statens innsigelser, fortsatt mener at det foreligger avtalebrudd vil det bli gitt en grunngitt uttalelse i saken. I denne gis staten en frist til å rette opp forholdet. Dersom norske myndigheter ikke innretter seg etter dette, kan saken tas inn under behandling av EFTA-domstolen²⁹.

Individer kan fremme klager direkte for ESA, uten at tvisten har vært behandlet av nasjonale håndhevingsorganer. Denne klageadgang står derfor i en særstilling i forhold til de øvrige internasjonale klageadgangene. EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994. Frem til i dag er det ingen arbeidstakere som har henvendt seg til ESA ved brudd på likebehandlingsdirektivet³⁰. Hvorfor blir ikke denne klagemuligheten brukt? Dette spørsmålet retter seg spesielt mot to aktører: Arbeidstakere og fagforeninger eller advokater som representerer arbeidstakere.

2.3.1. Arbeidstakere

Det er ikke nødvendig med advokatbistand for å fremme en klage for ESA. Individer har anledning til å gjøre dette på eget initiativ. Dette betyr at arbeidstakere som mener at det foreligger overtredelse av likelønnsprinsippet kan henvende seg dit direkte. Dette er derfor et

²⁶EMK art. 35, Kvinnediskrimineringskonvensjonen art. 4 nr. 1

²⁷ ODA art. 20

²⁸ ODA art. 31

²⁹ EFTA-domstolen er opprettet i medhold av EØS-avtalen art. 108 annet ledd og er hjemlet i ODA kapittel IV

³⁰Direktiv 2000/73/EF, direktiv 75/117/EØF, direktiv 86/378/EØF og direktiv 97/80/EF ble fra 15. august i år samlet i et felles likebehandlingsdirektiv: direktiv 2006/54/EF

effektivt instrument for den enkelte EØS-borger³¹. Det er likevel ingen som har benyttet seg av denne klageadgangen.

Det kan virke som om arbeidstakere ikke er kjent med denne klagemuligheten, og at dette er forklaringen på hvorfor den ikke blir anvendt. Det er derfor nødvendig at dette er en klageadgang som individer opplyses om. Det er ikke ønskelig med et håndhevingsorgan ingen benytter. Et mål bør derfor være at individer tar denne klageadgangen i bruk. For å nå dette må individer få mer informasjon om hvilke rettigheter EØS-avtalen gir dem. Det er også nødvendig at arbeidstakere forstår hvordan de skal bruke denne klagemuligheten.

2.3.2. Advokater og fagforeninger

Christopher Hansteen³², advokat i Fagforbundet, var prosessfullmektig for EFTA-domstolen i 1996. Han mente at det både var tid- og ressurskrevende, og derfor vanligvis ikke anbefalelsesverdig. Hans kontor hadde også en senere sak med samme erfaringer. Disse uttalelsene kan tyde på Hansteen vegrer seg for å anvende denne klageadgangen. Er dette en utbredt oppfatning som forklarer hvorfor det ikke innklages likelønnsaker til ESA?

Til forskjell fra nasjonale håndhevingsorganer retter en avgjørelse fra ESA og EFTA-domstolen seg mot myndighetene. Disse må da få det diskriminerende forholdet til å opphøre. Dette kan være mer tidkrevende enn en avgjørelse direkte mot arbeidsgiver. Behandling av EFTA-domstolen er en løsning som først er aktuell dersom myndighetene ikke innretter seg etter ESAs uttalelse. I perioden fra 1994 – 2001 behandlet EFTA-domstolen 6 klager fra ESA. Av disse sakene resulterte 5 i at EØS/EFTA-landet ble dømt³³. Universitetssaken³⁴ kan illustrere at dette er en effektiv klageadgang. Denne saken gjaldt øremerking av midlertidige stillinger til kvinnelige forskere som hadde tatt doktorgrad, men ennå ikke fått fast stilling ved Universitetet. En privat person klagde dette inn for ESA i august 2000, med påstand om at dette var forskjellsbehandling av menn og kvinner. ESA var enig i dette. Saken ble innklaget til EFTA-domstolen i 2002. 24. januar 2005 slo EFTA-domstolen fast at Norge brøt EØS-avtalen. Dette førte til at Universitetet i Oslo måtte avskaffe denne ordningen. Her tok det fem år før saken ble endelig avgjort. For en arbeidstaker vil dette være lang tid for å få avklart om

³¹Hellum, 2008, side 41

³²Hansteen (2009)

³³St.meld. nr. 27 (2001-2002) punkt 4.2.1

³⁴E-1/02

denne er lønnsdiskriminert av sin arbeidsgiver. Det viktigste er etter min mening at arbeidstakere har en reell valgmulighet. Denne bør selv få bestemme hvilket håndhevingsorgan saken skal innklages til. Dette forutsetter at advokater og fagforeninger opplyser sine klienter om denne klagemuligheten, selv om de måtte føle at det er tid- og ressurskrevende å anlegge sak for ESA. Den manglende behandlingen av likelønnssaker kan nok blant annet forklares med at dette ikke er situasjonen i dag. Et forhold som kan avhjelpe dette er økt kunnskap til advokater og fagforeninger. Dersom disse blir mer bevisste på denne klageadgangen vil det være lettere å gjøre arbeidstakere klar over hvilke rettigheter EØS-avtalen gir dem.

3. Likelønnsbestemmelsen - Lik lønn for arbeid av lik verdi

3.1. Likestillingsloven § 5

Utgangspunktet etter generalklausulen i likestillingsloven § 3 første ledd er at *"direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt"*. Likestillingsloven § 5 er en presisering av dette utgangspunktet. Det følger av denne bestemmelsen at *"kvinner og menn i samme virksomhet skal ha lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi."* Disse bestemmelsene utfyller og supplerer hverandre, men § 5 står på egne bein og har selvstendig betydning i forhold til § 3³⁵.

3.2. Det materielle innholdet i § 5

Lønnsdiskrimineringsforbudet gjelder på alle samfunnsområder, med unntak av indre trossamfunn³⁶. For at likestillingsloven § 5 skal komme til anvendelse, må det foreligge et arbeidsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Likestillingsloven er preseptorisk. Dette følger av fast praksis og er presisert i flere av EF-domstolen avgjørelser³⁷. Arbeidstaker og arbeidsgiver er på bakgrunn av dette avskåret fra å avtale seg bort fra retten til likelønn. Dersom reglene ikke var ufravikelige, ville en lønnsavtale i strid med likestillingsloven § 5 i seg selv kunne ses på som en fraskrivelse av retten til likelønn. Dette ville ført til at hele likelønnsprinsippet ble verdiløst³⁸.

³⁵Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) s.52

³⁶Likestillingsloven § 2

³⁷C-236/98 og C-200/91

³⁸Hellum, 2008, side 219

3.2.1. Begrensning i anvendelsesområdet: ”Samme virksomhet”

Likelønnsbestemmelsen er begrenset til å gjelde innenfor ”samme virksomhet”. Med ”samme virksomhet” forstås at det bare er anledning til å foreta en sammenligning av lønnsnivået til personer som jobber for samme juridiske person. Arbeidstaker har ikke anledning til å sammenligne sin lønn med lønnsnivået hos arbeidstakere i andre bedrifter. I offentlig virksomhet blir staten og hver enkelt kommune ansett som en virksomhet, dersom virksomheter ikke er skilt ut til egne rettssubjekter³⁹. For at § 5 skal bli en realitet er det nødvendig å ha en arbeidsgiver å plassere ansvaret hos. Det er derfor naturlig at det er den bedriften som eventuelt diskriminerer som blir rammet av bestemmelsen.

3.2.2. Lønnsbegrepet

Det følger av likestillingsloven § 5 første ledd at det skal utbetales ”lik lønn” til arbeidstakere i samme virksomhet. Med ”lønn” menes i denne relasjon *”det alminnelige arbeidsvederlag samt alle andre tillegg eller fordeler eller andre goder som ytes av arbeidsgiveren”*⁴⁰. Dette gjelder også irregulære arbeidsvederlag som firmabil, firmatelefon, pensjonsordninger⁴¹, forsikringer, fri avis og lignende.

For at lønnen skal anses som ”lik” kreves det at arbeidsgiver anvender samme normer for kvinner og menn ved lønnsfastsettelsen⁴². I dette ligger et krav om at lønnen skal fastsettes etter objektive og kjønnsnøytrale kriterier. Denne bestemmelsen stenger for at arbeidstakers kjønn avgjør dennes lønnsnivå. Dersom den kjønnsnøytrale begrunnelsen *”faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det andre”*, er det indirekte forskjellsbehandling etter likestillingsloven § 3 fjerde ledd. Dette vil bli behandlet under punkt 6.2.

3.2.3. Hva er ”arbeid av lik verdi?”

Tidligere var det et vanskelig spørsmål å avgjøre hva som var ”arbeid av lik verdi.” I 2002 ble dette klargjort i likestillingsloven § 5 tredje ledd: *”Om arbeidene er av lik verdi avgjøres etter en helhetsvurdering der det legges vekt på den kompetanse som er nødvendig for å utføre arbeidet og andre relevante faktorer, som for eksempel anstrengelse, ansvar og*

³⁹NOU 2008:6 side 28

⁴⁰Likestillingsloven § 5 fjerde ledd

⁴¹C-170/84

⁴²Likestillingsloven § 5 annen setning

arbeidsforhold.” Denne presiseringen er i tråd med internasjonal rett og EF-domstolens praksis, og kan derfor sees på som en kodifisering av gjeldende rett.⁴³

Likestillingsloven § 5 tredje ledd forklarer hvordan sammenligningen av arbeidet til arbeidstakerne skal foretas. Bestemmelsen angir en ikke-uttømmende oppregning av hvilke faktorer som skal vektlegges. Det er mange spesielle og kompliserte saksforhold som innklages til håndhevingsorganene. Det er derfor en fordel at lovteksten er utformet på denne måten. Dette fører til et smidigere regelverk, og gir håndhevingsorganene handlefrihet når de treffer sine avgjørelser.

I forarbeider⁴⁴ er det presisert at ved avgjørelse av om det foreligger samme arbeid eller arbeid av lik verdi, er det arbeidsoppgavene og ikke hvordan arbeidstaker utfører disse, eller hvordan arbeidsgiver verdsetter arbeidstakers arbeidsinnsats som er avgjørende. Med ”arbeidsoppgaver” forstås en vurdering av hvilke kompetansekrav som fastsettes dersom stillingen lyses ut⁴⁵. Det sentrale er det objektive innholdet og vanskelighetsgraden av arbeidsoppgavene. Dersom det hadde vært tillatt å vektlegge arbeidsgivers subjektive oppfatning av arbeidstakeren og individuelle forhold, ville risikoen for ulik avlønning økt⁴⁶. Dette er også forhold som det er vanskelig for håndhevingsorganene å overprøve. Dagens situasjon sikrer derfor likebehandling og er med på å effektivisere § 5.

3.2.4. Hvilke arbeidstakere kan sammenlignes?

Ved lovendringen i 2002 ble § 5 annet ledd endret, slik at retten til lik lønn gjelder *”uavhengig av om arbeidene gjelder ulike fag, eller om lønnen reguleres i tariffavtaler”*. Dette medfører at arbeidsgiver kan bli innklaget til håndhevingsapparatet med påstand om brudd på § 5, selv om denne lønner sine arbeidstakere i samsvar med deres respektive tariffavtaler. Bestemmelsen åpner videre for at yrker som fremstår som helt forskjellig likevel kan sammenlignes mot hverandre. Dette utvider anvendelsesområdet til likestillingsloven § 5. EF-domstolen⁴⁷ har også åpnet for bruk av statistiske opplysninger som

⁴³NOU 2008:6 side 104

⁴⁴NOU 2008:6 side 103

⁴⁵NOU 1997:10 kapittel 10

⁴⁶Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) side 61

⁴⁷C-400/93 Royal Copenhagen

sammenligningsgrunnlag. Dette ble for eksempel gjort i LDO sak 06/786. Det er derfor ikke alltid nødvendig å ha en fysisk person å sammenligne arbeidstakers lønn med.

Likestillingsloven § 5 er taus om når sammenligningen skal foretas. Dette innebærer at det ikke stilles krav til samtidighet. En arbeidstaker kan kreve seg sammenlignet med den som var ansatt i stillingen før arbeidstaker tiltrådte⁴⁸. Lønnen må da justeres opp i tråd med resultatet av de sentrale lønnsforhandlingene for å fungere som et reelt sammenligningsgrunnlag.

4. Bevisbyrden i likelønnssaker

4.1. Likestillingsloven § 16

Det tradisjonelle utgangspunkt i sivile saker er at det er den som går til sak som har bevisbyrden for det påståtte forholdet.

Bevisbyrderregelen i likelønnssaker er et unntak fra det alminnelige sivilrettslige utgangspunktet. Det følger av likestillingsloven § 16 at *”hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med bestemmelser i denne loven, skal det legges til grunn at slik forskjellsbehandling har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted”*. Med *”direkte forskjellsbehandling”* forstås handlinger som stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn⁴⁹. *”Indirekte forskjellsbehandling”* er enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det andre⁵⁰. I likelønnssaker er det vedkommende som har fastsatt lønnen som er ansvarssubjekt etter bevisbyrderregelen.

Likestillingsloven § 16 kom inn i likestillingsloven som en følge av bevisbyrdedirektivet⁵¹. Bevisbyrdedirektivet ble vedtatt i 1997 og bygger på praksis fra EF-domstolen i saker om diskriminering på grunn av kjønn. Bevisbyrdedirektivet⁵² er en kodifisering av den praksis

⁴⁸Dette ble for eksempel gjort i LKN sak 5/1990

⁴⁹Likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2

⁵⁰Likestillingsloven § 3 tredje ledd

⁵¹Direktiv 97/80/EF

⁵²Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) pkt.12.4.1

som har utviklet seg ved EF-domstolen, blant annet i Danfoss-saken⁵³, Enderby-saken⁵⁴ og Royal Copenhagen-saken⁵⁵.

4.2. Hva innebærer det at bevisbyrden er delt?

Bevisbyrderegelen baserer seg på en fireleddet prosess:

- 1) Arbeidstaker må underbygge til et visst nivå at det har skjedd lønnsdiskriminering
- 2) Når lønnsdiskrimineringspresumpsjonen er etablert går bevisbyrden over på arbeidsgiver
- 3) Arbeidsgiver må bevise med sannsynlighetsovervekt at lønnsdiskriminering ikke har funnet sted
- 4) Eller at diskrimineringen kan rettferdiggjøres

4.3. Hensyn bak bevisbyrderegelen

Hensynet bak delt bevisbyrde er å effektivisere håndhevelsen av overtredelse av likestillingsloven § 5⁵⁶. Det er arbeidsgiver som er i besittelse av dokumentasjonen av de faktiske forhold i saken. For eksempel notater fra medarbeidersamtaler, kontrakter og lønnsutbetalinger til de ansatte i virksomheten. Det er derfor enklere for arbeidsgiver å underbygge eller avkrefte at det har foregått en lovstridig avlønning, enn hva det er for arbeidstaker å påvise lønnsdiskriminering. Uten bevisbyrderegelen ville det i praksis vært vanskelig for arbeidstakere å påvise indirekte lønnsdiskriminering. Bestemmelsen er derfor sentral når det gjelder effektiviseringen og gjennomføringen av diskrimineringsvernet i Norge. EF-domstolen⁵⁷ har formulert dette behovet slik: *”Det fremgår imidlertid af Domstolens praksis, at bevisbyrden kan vendes om, når det er nødvendigt for ikke at fratage arbejdstagere, der tilsyneladende er udsat for forskelsbehandling, ethvert effektivt middel til at søge likelønsprincippet gennemført...”*

Bevisbyrderegelen har også en allmennpreventiv virkning. Arbeidsgiver må kunne dokumentere at denne ikke har avlønnet sine arbeidstakere i strid med § 5 jfr. § 3. Dette kan bidra til at arbeidsgiver har ryddige rutiner rundt lønnsfastsettelsen og i personalsaker. For

⁵³C-109/88

⁵⁴C-127/92

⁵⁵C-400/93

⁵⁶Ot. Prp. Nr. 77 (2000-2001) s. 90, Ot. Prp. Nr. 35 (2004-2005) s. 56-57, Ot. Prp. Nr. 33 (2004-2005) s. 129-131

⁵⁷C-127/92 Enderby

eksempel gjennom å sørge for å få mest mulig relatert til disse forhold skriftlig, og å være konsekvent i forhold til samtlige av sine ansatte.

4.4. Det materielle innholdet i § 16

4.4.1. Arbeidstakers bevisbyrde

Etter § 16 er arbeidstakers bevisbyrde oppfylt *”hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med bestemmelser i denne loven”*. Ordlyden i § 16 trekker i retning av at det ikke skal mye til for at arbeidstakers beviskrav er oppfylt. I praksis fra Nemnda⁵⁸ er det lagt til grunn at den som fremmer påstand om forskjellsbehandling, må kunne underbygge denne til et visst nivå for at bevisbyrdeplikten går over til den som er innklaget. Arbeidstaker må etablere en presumpsjon for at lønnsdiskriminering har skjedd⁵⁹. I LDN sak 26/2006 ble det formulert som et krav om at *”klagers påstand må støttes av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter”* for at bevisbyrden skal gå over til innklagede. Arbeidstaker bør for eksempel redegjøre for hvem denne lønnsmessig sammenligner seg med og hvorfor denne mener det har skjedd en lovstridig avlønning. Vedkommende bør også fremskaffe opplysninger som underbygger at det enten foreligger samme arbeid eller arbeid av lik verdi, jfr. § 5 første ledd⁶⁰.

Disse forholdene innebærer at innklager ikke vinner frem med en ren påstand, men det kreves heller ikke sannsynlighetsovervekt for at bevisbyrden skal gå over til arbeidsgiver.

4.4.2. Arbeidsgivers bevisbyrde

Etter likestillingsloven § 16 må arbeidsgiver *”sannsynliggjøre”* det ikke har skjedd en forskjellsbehandling, slik som arbeidstaker hevder. Med *”sannsynliggjøre”* forstås at arbeidsgiver må bevise med sannsynlighetsovervekt at ulovlig forskjellsbehandling ikke har funnet sted⁶¹. Det er uvesentlig om arbeidsgiver bevisst eller ubevisst avlønner sine arbeidstakere forskjellig. Det avgjørende er virkningen av arbeidsgivers handlinger, ikke intensjonen bak den.

⁵⁸Se blant annet LDN sak 26/2006

⁵⁹Hellum, 2008, side 329

⁶⁰Hellum, 2008, side 332

⁶¹Storeng, 2006, side 164

For at arbeidsgivers bevisbyrde skal være oppfylt, må denne bevise at det ikke foreligger ulik avlønning av ansatte som gjør arbeid av lik verdi. Dersom arbeidsgiver avlønner sine arbeidstakere forskjellig, er denne nødt til å kunne bevise at avlønningen skyldes andre saklige forhold enn kjønn⁶². Klarer arbeidsgiver ikke dette, må denne etter likestillingsloven § 3 fjerde ledd påvise at det foreligger en saklig grunn til den kjønnsdiskriminerende avlønningen. For at kravet til saklig formål skal være oppfylt, må arbeidsgiver bevise at alle vilkårene etter § 3 fjerde ledd er tilstede. Dersom dette ikke er tilfelle, har arbeidsgiver ikke oppfylt sin bevisføringsplikt. Det skal da legges til grunn at forskjellsbehandling har funnet sted⁶³. Det stilles med andre ord strenge krav til arbeidsgiver, når denne skal oppfylle sitt beviskrav.

5. Rettferdiggjørelse av lønnsdiskriminering

5.1. Oversikt

I dette kapitlet vil jeg se nærmere på når vilkårene etter unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 3 fjerde ledd er oppfylte. Likestillingslovens krav om ”lik lønn” tolkes ikke slik at kvinner og menn som utfører arbeid av lik verdi alltid skal ha samme lønn. Det aksepteres lønnsforskjeller som er begrunnet i saklige forhold. Det er arbeidsgiver som må bevise at vilkårene i denne bestemmelsen er oppfylte⁶⁴.

5.2. Likestillingsloven § 3 fjerde ledd

Etter § 3 fjerde ledd er *”indirekte forskjellsbehandling tillatt i særlige tilfeller dersom forskjellsbehandlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, forskjellsbehandlingen er egnet til å realisere formålet og virkningen ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den som forskjellsbehandles”*. Dette unntaket er formulert i samsvar med de konvensjoner som er følger av EØS-avtalen⁶⁵. Det er meningen at unntaksadgangen skal være en snever sikkerhetsventil. Dette følger av ordlyden som er begrenset til ”særlige tilfeller.” I tillegg er det i forarbeider⁶⁶ fremhevet at forskjellsbehandling i arbeidsforhold bare kan skje dersom det er *”nødvendig”* for utøvelsen av arbeid eller yrke.

⁶²Likestillingsloven § 5 fjerde ledd

⁶³Hellum, 2008, side 323

⁶⁴Likestillingsloven § 16

⁶⁵Hedlund, 2008, side 134

⁶⁶NOU 2009:14 side 327

5.2.1. Nærmere om saklighetsvurderingen

Saklighetsvurderingen er en vurdering av om lovens tre kumulative vilkår er oppfylte. Med ”kumulative” forstås at dersom alle vilkårene ikke er til stede, vil arbeidsgiver bli ansvarlig for brudd på likelønnsbestemmelsen. Denne vurderingen er kontekstavhengig. Dette betyr at utfallet avhenger av hvilket samfunnsområde man befinner seg på, og hvilke handlinger det er tale om⁶⁷. I arbeidsforhold skal det generelt mye til for at forskjellsbehandling kan anses som forholdsmessig⁶⁸.

Det første vilkåret er at det må foreligge et saklig formål uavhengig av kjønn. Med ”saklig formål” forstås at begrunnelsen for forskjellsbehandlingen skal bygges på reelle behov og en konkret vurdering av eventuelle ulemper, kostnader m.m. som likebehandlingen vil innebære⁶⁹. Det er realiteten i saken som skal vurderes. Med dette forstås at det saklige formålet som arbeidsgiver fremhever må være virkelig. Eksempel på formål som ikke vil anses som saklige er egne eller andres fordommer⁷⁰.

Det neste vilkåret som må være oppfylt er at middelet må være egnet til å realisere formålet. Det må foreligge en sammenheng mellom de tiltak arbeidsgiver gjør og det formål som skal nås. Handlingen må i tillegg være ”nødvendig”⁷¹. I dette ligger det implisitt et vilkår om at det ikke skal være praktisk mulig å velge andre og ikke-diskriminerende handlingsalternativ⁷². Arbeidsgiver skal benytte seg av de tiltak som er minst inngripende overfor arbeidstaker. Det er virkningen av handlingen som er vurderingstemaet. Dersom det samme kan oppnås gjennom andre tiltak uten at det fører til ulik behandling av arbeidstakerne, er handlingen ulovlig. Dette kan illustreres med Bilka-saken⁷³. Denne saken gjaldt en kvinne ansatt hos et stort varehus. For å få pensjon i denne bedriften ble det stilt krav om at arbeidstakerne var fulltidsansatt i minst 15 år. Innklager hadde vært deltidsansatt i en årrekke. Spørsmålet for EF-domstolen var om det forelå en saklig grunn for lønnsdifferensieringen mellom heltid og deltidsansatte. EF-domstolen konkluderte med at det ikke var tilfelle. Arbeidsgiver kunne istedenfor å gi deltidsansatte lavere lønn, heller unnlatt å

⁶⁷Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) side 112

⁶⁸NOU 2009:14 side 193

⁶⁹Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) side 122

⁷⁰NOU 2009:14 side 192

⁷¹NOU 2009:14 side 327

⁷²LDN sak 23/2008 side 13

⁷³C-170/84

ansette deltidsansatte. Dette ville vært et mindre inngripende og mer effektivt tiltak overfor målet om å redusere antall deltidsansatte. Det var derfor ikke nødvendig å avlønne deltidsansatte lavere enn heltidsansatte. De kumulative vilkårene etter unntaksbestemmelsen var på bakgrunn av dette ikke oppfylte.

Det siste vilkåret er at virkningen av forskjellsbehandlingen ikke må være uforholdsmessig inngripende overfor arbeidstaker. Uttrykket ”*inngripende*” retter seg mot handlingens konsekvenser i et likestillingsperspektiv⁷⁴. Bestemmelsen oppstiller på at det skal foretas en interesseavveining. Hensynet til den som forskjellsbehandler og dennes begrunnelse for handlingen, skal veies opp mot hensynet til likestilling og de konsekvenser handlingen får for den som forskjellsbehandles⁷⁵.

Dersom de kumulative vilkårene etter § 3 fjerde ledd er til stede, skal håndhevingsorganene i utgangspunktet konkludere med at lønnsdifferensieringen er tillatt. Tidligere praksis fra Klagenemnda viser at håndhevingsorganene også har pålagt arbeidsgiver å utligne lønnsforskjeller på sikt, eller uttalt at det forventes⁷⁶. Det kan oppleves som et paradoks at også arbeidsgivere som ikke har brutt likestillingsloven § 5 likevel pålegges dette. Det betyr egentlig at lønnen skal være lik. Likestillingsloven § 5 er ment å regulere urettmessig lønnsdifferensiering som skjer her og nå. Det vil derfor være naturlig at håndhevingsorganene konkluderer med at arbeidsgivers avlønning er lovstridig dersom de mener det, fremfor denne ”mellomløsningen”. Dette pålegget fra håndhevingsorganene reiser også flere spørsmål. Hva ligger i kravet om at lønnsforskjellene skal ”utlignes på sikt”? Hva er virkningen dersom arbeidsgiver ikke utligner lønnsforskjellene? Hvem påser at arbeidsgiver følger opp pålegget? Dette er svakheter ved denne ”mellomløsningen”. Ønsker håndhevingsorganene å avskaffe ulik avlønning av arbeidstakere er det derfor med effektivt å konkludere med at det foreligger brudd på § 5.

⁷⁴LDN sak 23/2008 side 14

⁷⁵Ot. Prp. Nr. 77 (2000-2001) side 112

⁷⁶NOU 2008:6 side 105

6. Hvordan skal bevisene i den enkelte sak vurderes?

6.1. Oversikt

Det følger av likestillingsloven § 16 at arbeidsgiver må bevise med sannsynlighetsovervekt at denne ikke har lønnsdiskriminert sine ansatte. Bestemmelsen inneholder ingen krav til hvordan bevisene som fremkommer under bevisføringen skal behandles. I forarbeider⁷⁷ er det fremhevet at *”for å sikre at retten til likelønn ikke uthules skal det stilles strenge krav til arbeidsgivers motbevis eller begrunnelse i disse tilfellene. Det skal ikke være tilstrekkelig med en ren henvisning til at det er lagt vekt på for eksempel markedsverdi i lønnsfastsettelsen”*.

Hvordan tolker håndhevingsorganene ”strenge krav” i praksis? For å besvare dette spørsmålet vil jeg ta utgangspunkt i en dansk Høyesterettsdom av 24.9.2009 og LDN sak 6/2007. Begge disse avgjørelsene behandler spørsmålet om hvilke krav som skal stilles til arbeidsgivers bevis. Et annet fellestrekk er at begge avgjørelsene er avsagt under dissens.

6.2. Dansk Høyesterettsdom av 24.9.2009

Her var A, B og C ansatt som kundekonsulenter i en avløpsavdeling i en betongvarefabrikk. B og C hadde vesentlig høyere lønn enn A, selv om de utførte samme arbeidsoppgaver og hadde like lang utdanning. Arbeidsgiver hevdet at den ulike avlønningen var begrunnet i at B og C hadde opparbeidet seg særlig ekspertise på feltet gjennom tidligere arbeidserfaring. B var ansatt i et selskap virksomheten hadde kjøpt opp. Han hadde store kunnskaper om renseanlegg, og spesialkunnskaper om avløpsprodukter. Ved ansettelsen ble det lagt til grunn at han var ingeniør. C hadde vært direktør i bedrift som ble kjøpt opp av virksomheten. Han hadde meget store kunnskaper om utskillerprodukter og hadde gode kontakter. Han hadde i tillegg en konkurranseklausul som han ble kompensert for gjennom lønnen. Det var klart at partene i tvisten utførte arbeid av lik verdi. Spørsmålet for Høyesterett var om arbeidsgiver hadde klart å bevise at den ulike avlønningen av arbeidstakerne ikke var begrunnet i kjønn. Her delte Høyesterett seg i 3-2. Flertallet mente at arbeidsgiver ikke hadde klart å godtgjøre at avlønningen ikke skyldes kjønn, mens mindretallet inntok motsatt standpunkt.

Arbeidstakernes lønn var basert på individuelle lønnsforhandlinger uten skriftlig dokumentasjon. Flertallet var av den oppfatning at mangelen på skriftlig dokumentasjon

⁷⁷Ot. Prp. Nr. 77 (2000-2001) side 114

skjerpet beviskravet til arbeidsgiver. Manglende dokumentasjon kan ha flere årsaker. Det kan enten være et resultat av at arbeidsgiver har dårlige eller manglende rutiner rundt lønns- og personalpolitikken. Det kan også være en konsekvens av at de dokumenter som foreligger underbygger arbeidstakers påstander, og at det derfor er lettere å si at dokumentasjonen ikke eksisterer. Hva som er årsaken er uvesentlig. Det avgjørende er at arbeidsgiver i bevisføringen ikke skriftlig kan underbygge sine påstander. Beviskravet etter bevisbyrderegelen er i utgangspunktet strengt, og kravet heves på bakgrunn av dette ytterligere. Dette er naturlig, ettersom dette er forhold som gjør det vanskelig å etterprøve arbeidsgivers vurderinger. Denne uttalelsen bør ha en allmennpreventiv virkning, og oppfordre andre arbeidsgivere til sørge for å få nedskrevet dokumentasjon. Dette er et viktig punkt i dommen som bør ha særlig overføringsverdi, herunder også til norske rettsanvendere. Dersom danske arbeidsgivere straffes for å ikke ha skriftlig dokumentasjon, bør det samme være tilfelle for norske arbeidsgivere. Forhold som støtter opp under dette er at det er samme direktiv som er grunnlaget for både den danske og norske bevisbyrderegelen. Det danske arbeidsmarkedet og samfunnet har også store likhetstrekk ved det norske. Arbeidstakere bør derfor ikke behandles ulikt i disse landene.

Flertallet foretok en realitetsvurdering av hvert enkelt bevis. Deretter tok flertallet stilling til i hvert enkelt tilfelle om det var sannsynlighetsovervekt for at faktum var slik arbeidsgiver hevdet. Fremgangsmåten til flertallet viste at det ikke var nok at arbeidsgiver sa at slik var situasjonen. Det skal foretas en vurdering av om det faktisk er tilfelle. I denne vurderingen må det være mer sannsynlig at arbeidsgivers fremstilling av situasjonen er tilfelle enn arbeidstakers. Dersom den ikke er det, blir arbeidsgiver ansvarlig for brudd på likelønnsprinsippet. Flertallet mente at arbeidsgiveren ikke hadde klart å bevise at tilleggskompetansen som de øvrige arbeidstakerne hadde opparbeidet seg i arbeidslivet var relevant for deres arbeid som kundekonsulenter. Arbeidsgiver hadde heller ikke klart å sannsynliggjøre at lønnsforskjellene var et resultat av en generell kjønnsnøytral politikk i virksomheten, eller at Cs lønn var et resultat av dennes konkurranseklausul. På bakgrunn av dette konkluderte flertallet med at det forelå faktisk bevismangel i saken. Arbeidsgiver hadde ikke klart å bevise at likebehandlingsprinsippet ikke var krenket gjennom avlønningen av A.

Mindretallet foretok ingen tilsvarende vurdering av bevisene i saken. De godtok bevisene, uten å vurdere om de var holdbare. Mindretallet var på bakgrunn av dette mindre kritiske til

arbeidsgivers argumentasjon. De mente at lønnen til B og C var et resultat av arbeidsgivers ønske om å fastholde dem som medarbeidere. Bs høyere lønn var begrunnet i hans spesialkunnskaper om rensesanlegg og avløpsprodukter. Cs høye lønn var begrunnet i at han hadde et stort nettverk på bakgrunn av en tidligere direktørstilling. Mindretallet foretok ingen vurdering av om disse kunnskapene var nødvendige eller relevante for stillingen som kundekonsulent i avløpsavdelingen. Dette er den største forskjellen på fremgangsmåten til flertallet og mindretallets håndtering av bevisene. Mindretallet konkluderte med at den ulike avlønningen ikke var begrunnet med kjønn. Dette var også i samsvar med landsrettens dom.

Gjennom denne konklusjonen sier i realiteten mindretallet at arbeidsgiver overbetaler to av sine ansatte, fremfor at A underbetales. Når to av tre ansatte får samme lønn foreligger det en presumpsjon for at deres lønn er normen. Etter min mening er flertallets lønn en indikator på hva som er den rette lønnen. I en situasjon hvor 2 av 3 har forskjellig lønn, er det mer naturlig at kvinnen er underbetalt enn at mennene er overbetalt. Dette er ikke mindretallet enig i. I denne saken har arbeidstakerne fått forskjellig lønn fra de ble ansatt. Det er ikke holdepunkter for at mennene har krevd høyere lønn enn A. Arbeidsgiver har gitt dem høyere lønn på bakgrunn av dennes subjektive oppfatning av deres kvalifikasjoner. Mindretallet mener at disse kvalifikasjonene oppfyller kravene etter unntaksbestemmelsen. Etter flertallets argumentasjon har mennene fått denne lønnen fordi de er menn. Ved å legge denne forståelsen til grunn innebærer lønnsforskjellen at arbeidsgiver verdsetter mennene høyere enn kvinnen. Dette viser avstanden mellom konklusjonen til flertallet og mindretallet.

6.3. LDN sak 6/2007

I LDN sak 6/2007 ble en sak med likhetstrekk til den danske dommen av 20.09.2009 behandlet. Selv om saken ikke gjaldt likelønn har den overføringsverdi fordi innholdet av bevisbyrdereglen i § 16 ble satt på spissen. Her var spørsmålet om fødselspermisjon var grunnen til at en sykepleier ikke ble innkalt til intervju til en stilling hun søkte på, jfr. likestillingsloven § 4 andre ledd jfr. § 3. Det avgjørende spørsmålet for Nemnda var om kommunen hadde sannsynliggjort at det var andre forhold enn fødselspermisjonen som var årsaken til forskjellsbehandlingen av søkeren. Her delte Nemnda seg 3-2.

Flertallet mente at kommunen ikke hadde oppfylt bevisbyrden etter likestillingsloven § 16. De la vekt på at kommunen ikke hadde klart å dokumentere at de utvalgte intervjukandidatene

var bedre kvalifisert enn innklager. Kommunen mente at personlige egenskaper ved innklager var årsaken til at andre var innkalt til intervju fremfor henne. Etter flertallets mening burde dette vært konkretisert og etterprøvbart ut fra saksdokumentene, eller på annen måte skriftlig dokumentert for at bevisbyrden skulle vært oppfylt. I denne saken forelå det ingen slik skriftlig dokumentasjon, annet enn kommunens egen forklaring som svar på klagen. Dette svaret ble ikke fremsatt før etter at Ombudet hadde ferdigbehandlet saken. Spørsmålet var om denne forklaringen var tilstrekkelig til at arbeidsgiver hadde oppfylt sin bevisbyrde.

I denne forbindelse uttalte flertallet⁷⁸: *”Etter flertallets oppfatning vil det være lite i samsvar med hensynene bak bevisbyrdebestemmelsen i likestillingsloven § 16, dersom en slik etterfølgende forklaring skulle være tiltrekkelig til å oppfylle arbeidsgivers bevisbyrde. Det vises særlig til at bevisbyrdebestemmelsen skal sikre en effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet. Dette krever at forhold som skal oppfylle bevisbyrden er etterprøvbare. En vurdering av personlige egenskaper er etter sin karakter vanskeligere å etterprøve enn en vurdering av utdannelse, yrkeserfaring og lignende kvalifikasjoner.”* På bakgrunn av dette kom flertallet til at det forelå brudd på likestillingsloven § 4. Flertallets argumentasjon viste at søkerens kvalifikasjoner må være dokumenterte på tilsettingstidspunktet⁷⁹. Det var ikke tilstrekkelig med etterfølgende forklaringer fra arbeidsgiver.

Nemndas mindretall inntok motsatt standpunkt og mente at kommunen hadde oppfylt sin bevisbyrde. Mindretallet mente at flertallet stilte for strenge krav til hva som kreves for å oppfylle bevisbyrden. Mindretallet var enige med flertallet i at vurderingen av personlige egenskaper bør være konkretisert og etterprøvbart ut fra saksdokumentene, eller på annen måte tydeliggjort for at bevisbyrden skal anses som oppfylt. De var likevel av den oppfatning at dette ikke kunne være avgjørende. Her var det særlig to forhold som ble fremhevet. For det første hadde kommunen både i svaret på klagen og i forklaringen for Nemnda utdypet hvilke utvelgelseskriterier som ble vektlagt. Ett av disse var søkerens personlige egnethet. Videre hadde kommunen også opplyst om at det i flere tilfeller, på samme tidspunkt som den påklagde tilsettingen, ble tilsatt sykepleiere i kommunen som på daværende tidspunkt var i

⁷⁸LDN sak 6/2007 side 7

⁷⁹Likestillings- og diskrimineringsnemnda, 2008, side 13

svangerskapspermisjon. På bakgrunn av dette konkluderte mindretallet med at arbeidsgiver hadde oppfylt sin bevisbyrde. Det forelå derfor ikke brudd på likestillingsloven 4 annet ledd.

En svakhet ved mindretallets argumentasjon er at de har lagt vekt på at kommunen kan bevise at de ikke diskriminere i andre tilfeller ved ansettelse av andre sykepleiere. Mindretallet lempet på kravet til arbeidsgivers bevisbyrde på grunn av dette momentet. Likestillingsloven § 4 regulerer forholdet mellom arbeidsgiver og innklager. For søkeren vil diskriminering fra kommunen ramme henne like mye, uavhengig av om kommunen diskriminerte andre. Det kreves heller ikke forsett ved diskriminering etter likestillingsloven. Å vektlegge slike argumenter med den følge at arbeidsgivers beviskrav lempes, svekker innklagers rettigheter. Det blir da vanskeligere for denne å få medhold i sin påstand om diskriminering. Dette illustrerer samspillet mellom bevisbyrderegelen og likestillingslovens diskrimineringsgrunnlag. For å sikre at innklagers rett til å ikke bli diskriminert ikke uthules, bør de argumentene som tilsier at arbeidsgivers bevisbyrde er oppfylt referere seg til forholdet mellom innklager og innklagede.

6.4. Hvilke krav kan vi på bakgrunn av disse avgjørelsene stille til håndtering av bevis?

Den danske avgjørelsen svarer fullstendig til avgjørelsen fra Nemnda. Dette viser at samme problematikk knyttet til samme rettsgrunnlag oppstår på tvers av landegrenser. Disse avgjørelsene har flere fellestrekk. Det er samme bevisbyrderegel som anvendes som rettsgrunnlag. Begge avgjørelsene er avsagt under dissens. Flertallet i disse avgjørelsene er enige om at terskelen for at arbeidsgiver skal oppfylle sin bevisbyrde må være høy. De gir tydelig en oppfordring til arbeidsgivere om å være ryddige og konsekvente i lønnsfastsettelsen. En regel om strenge krav til arbeidsgivers motbevis vil forhindre at likelønnsregelen blir en rettsregel ingen arbeidstakere vinner frem med. Dette vil også føre til at ulikheten i styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver blir utlignet, og vil effektivisere diskrimineringsvernet.

Et interessant trekk ved Høyesterettsdommen er at de kvinnelige dommerne tilhørte flertallet, og støttet kvinnen i denne saken. Mindretallet besto av to menn som tok arbeidsgivers parti. I LDN sak 6/2007 har kvinnene som deltok i stemmegivningen delt seg, slik at en tilhører flertallet og en mindretallet. I disse avgjørelsene tok $\frac{3}{4}$ av de kvinnelige dommerne kvinnen

parti. Vi har også tidligere sett tilfeller av at kvinnelige dommere har tatt parti med de diskriminerte kvinnene i saken, mens mennene har tilhørt mindretallet. Et eksempel på dette er ACE-saken⁸⁰. Her var spørsmålet om læremidler som ble utgitt av ACE Norge til bruk i grunnskolen var i strid med likestillingsloven § 7. Etter denne bestemmelsen skal læremidler som nyttes i skoler og andre undervisningsinstitusjoner bygge på likestilling mellom kjønnene. Her delte Nemnda seg i 4-3. Flertallet, som utelukkende besto av kvinner, konkluderte med at det forelå brudd på § 7. Mindretallet besto av tre menn som kom til motsatt resultat.

I utgangspunktet burde ikke kjønns sammensetningen i håndhevingsorganene ha betydning for sakens utfall. Det kan imidlertid tyde på at dette likevel er tilfelle. Hvorfor er det slik? Må man fylle håndhevingsorganene med kvinner for å få det beste vernet mot kjønnsdiskriminering? Etter min mening viser dette at selv om dommere i utgangspunktet skal være nøytrale idet avgjørelser treffes vil de ikke klare å legge vekk sine holdninger og tradisjoner. Alder og kjønn vil influere på deres beslutninger, og dette viser de ovennevnte avgjørelsene. Her er imidlertid ikke det empiriske materialet tilstrekkelig til å trekke klare slutninger.

Rekkevidden av disse avgjørelsene er ikke klarlagt. Begge avgjørelsene er avsagt under dissens og er relativt nye av dato. Det er også jevn stemmegivning i håndhevingsorganene. Dette tyder på at innholdet av bevisbyrderegelen, og hvor terskelen for hvordan bevisene arbeidsgiver fremsettes skal vurderes fortsatt er et uavklart spørsmål. I Danmark har det vært bred oppslutning rundt flertallets avgjørelse. Både fagforeninger og industrien er enige om at dette er veien å gå⁸¹. Det blir derfor spennende å se hvilken betydning dommen vil få i fremtiden. I Norge har vi sett tendenser til at det er flertallets avgjørelse i LDN sak 6/2007 som har blitt lagt til grunn i senere avgjørelser. Et eksempel på dette er Ombudets sak 7/406 som vil bli behandlet under punkt 7.1. Praksisen ved de nasjonale håndhevingsorganene er imidlertid ikke konsekvent. Dette viser LDN 28/2008 som vil bli behandlet under punkt 8.2. Dette gjør at spørsmålet om hvilken vekt LDN 6/2007 har i Norge ikke er avklart.

⁸⁰Klagenemnda for likestilling sak. nr. 1/2001

⁸¹Ketscher (2009)

7. Når har lønnsdifferensiering ikke blitt godtatt?

Siden Ombudet ble opprettet har de ved tre anledninger konkludert med at det foreligger overtredelse av likelønnsbestemmelsen. Dette er i Typograf-saken⁸², Harstad-saken⁸³ og sak 07/406. Nemnda har overprøvd Ombudets konklusjon i Harstad-saken⁸⁴ og Typograf-saken⁸⁵, og kommet til motsatt resultat. Ombudets uttalelse i sak 07/406 er anket til Nemnda, slik at Ombudets konklusjon ikke er rettskraftig. Uttalelsen er likevel interessant fordi anvendelse av bevisbyrderegelen er i samsvar med de krav som ble stilt i den danske Høyesterettsavgjørelsen og LDN 6/2007.

7.1. Ombudet sak 07/406

En kvinne ansatt ved skolefritidsordningen i en kommune klaget til Ombudet over at hun mottok mindre lønn enn mannlige arbeidsledere ved en annen avdeling i kommunen. Ombudet konkluderte med at klager utførte arbeid av lik verdi som arbeidslederne og at den lavere avlønningen var i strid med likestillingsloven § 5, jfr. § 3. Ombudet mente at kommunen ikke hadde sannsynliggjort at det forelå en saklig grunn til avlønningen. Markedsverdi og ansiennitet ble vurdert som saklige grunner til lønnsforskjellen.

I forhold til markedsverdi hadde arbeidsgiver kun fremsatt en påstand om at det var vanskelig å få tak i kompetent arbeidskraft. Arbeidsgiver hadde ikke underbygget denne påstanden. Det forelå ingen skriftlig dokumentasjon eller andre holdepunkter i saken for at det var vanskelig å få tak i kompetent arbeidskraft. Ombudet mente derfor at det ikke var sannsynliggjort at lønnsforskjellene var saklige på grunn av ulik markedsverdi. Dette er i samsvar med de krav flertallet i LDN sak 6/2007 stiller til håndtering av bevis. Det er ikke tilstrekkelig å kun fremlegge en påstand. De forhold som arbeidsgiver fremhever må være reelle, og de bør være konkretiserte og etterprøvbare. Når de ikke er det, stilles det strengere krav for at arbeidsgiver har oppfylt sin bevisbyrde. Dette effektiviserer vernet etter likestillingsloven § 5.

Ved vurderingen av om ansiennitet var grunn til lønnsdifferensieringen la Ombudet vekt på at alle arbeidslederne hadde lang erfaring fra arbeid i kommunen. Ombudet mente derfor at

⁸²Uttalelse i ”Klagesak om avlønning av typograf og konsulent”

⁸³Ombudet sak 06/1834

⁸⁴LDN sak 23/2008

⁸⁵LDN sak 17/2006

ansienniteten i seg selv ikke kunne tillegges avgjørende vekt. På bakgrunn av dette forelå det brudd på likestillingsloven § 5.

7.2. LDN sak 17/2006 Typograf

Denne saken gjaldt en kvinnelig konsulent/seniorkonsulent som krevde samme lønn som en mannlig typograf i samme virksomhet. Begge var avlønnet i samsvar med de tariffavtaler som gjaldt på deres fagfelt. Dette er den første avgjørelsen hvor håndhevingsorganene anvendte lovendringen i likestillingsloven § 5 annet ledd i praksis. Spørsmålet i saken var om avlønningen av konsulenten og typografen var i strid med § 5 jfr. § 3.

Ombudet konkluderte med at konsulenten og typografen utførte arbeid av lik verdi. Ombudet vurderte videre om unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 3 fjerde ledd kom til anvendelse. I den forbindelse ble det eksplisitt presisert at dette er en snever unntaksregel. Etter Ombudets mening var det ikke nødvendig at konsulentene var lavere avlønnet enn typografene. På dette punktet hadde ikke arbeidsgiver oppfylt sin bevisbyrde. Hensynet til likestilling og målet om likelønn tilsa at den lavere avlønningen av konsulenten var uforholdsmessig inngripende. Det forelå derfor en indirekte forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven § 5 jfr. § 3.

Nemnda var enig i at typografen og konsulenten utførte ”arbeid av lik verdi”⁸⁶. Det avgjørende spørsmålet for Nemnda var om typografen og konsulenten hadde ”lik lønn”.

Konsulenten hadde i perioden fra saken ble innklaget til Ombudet til den kom opp for LDN rykket opp til stilling som seniorkonsulent, og fått høyere lønn. Ved avgjørelsen av om lønnsforskjellen urettmessig etter § 5, tok LDN utgangspunkt i lønnen på det tidspunktet da vedtak i saken skulle treffes. Lønnen var derfor ikke i strid med § 5. Det var av den grunn ikke nødvendig å foreta en realitetsdrøftelse av om unntaksadgangen etter likestillingsloven § 3 kom til anvendelse, eller om avlønningen hadde kjønnskjev virkning. Nemnda kom indirekte med bemerkninger i tilknytning til typografenes markedsverdi, som vil bli behandlet under punkt 9.2.3.

⁸⁶Likestillingsloven § 5 første ledd

Konsulentene brakte vedtaket inn for domstolene. Hun var uenig i Nemndas tidspunkt for avgjørelsen av lønnsforskjellene. Konsulentene mente at det var hennes lønn idet saken ble brakt inn som skulle vært med i beregningsgrunnlaget, og ikke lønnen på det tidspunkt da saken ble behandlet. Hun fikk medhold hos Oslo tingrett⁸⁷ og Borgarting lagmannsrett⁸⁸. Nemnda hadde gjort en saksbehandlingsfeil etter forvaltningslovens § 41, og gått ut over sin kompetanse etter diskrimineringsombudsloven § 6. Nemndas vedtak ble kjent ugyldig og opphevet. Domstolene tok bare stilling til om det var begått saksbehandlingsfeil, og behandlet ikke spørsmålet om det forelå lovstridig avlønning etter § 5. Ombudets uttalelse er derfor rettskraftig.

Arbeidsgiveren og dennes bedrift ønsket at Nemnda skulle behandle saken på nytt. Typografen og LO valgte da å stevne arbeidsgiveren for retten, og krevde erstatning for urettmessig avlønning etter likestillingsloven § 5. Erstatningssummen var før hovedforhandling satt til 250 000 norske kroner⁸⁹. Partene inngikk forlik i september i år. Hva som ble utfallet i saken er derfor ikke offentlig kjent.

8. Hva er bærekraftige argumenter for lønnsdifferensiering?

8.1. Oversikt

Det finnes ingen uttømmende oppregning av hva som anses som kjønnsnøytrale årsaker eller saklige grunner til lønnsdifferensiering. Det avgjørende er at vilkårene i § 3 fjerde ledd er oppfylte, og at kvinner og menn vurderes på samme måte etter de samme kriterier. I praksis har blant annet ulikheter i ansiennitet, jobbutførelse, kvaliteten på det utførte arbeid, utdanning, rekrutteringsproblemer, markedsverdi og erfaring blitt godtatt av håndhevingsorganene⁹⁰.

Jeg har avgrenset meg til å behandle de argumentene som anvendes av Nemnda i Harstad-saken: ansiennitet, markedsverdi og hensynet til at oppjustering av lønn skal skje gjennom tariffforhandlinger.

⁸⁷TOSLO-2007-77419

⁸⁸RG-2008-1549

⁸⁹<http://ldo.no/no/Aktuelt/Nyheter/Arkiv/2009/Vant-frem-i-likelønnsak/>

⁹⁰Ombudet sak 06/1834 side 3

8.2. LDN sak 23/2008 Harstad-saken

Harstad-saken gjaldt spørsmålet om Harstad kommune handlet i strid med likestillingsloven § 5 jfr. § 3 når kommunen lønnet to avdelingssykepleiere og fire fagkoordinatorer (på mellomledernivå) ulikt i bedriften. Ombudet og flertallet i Nemnda kom til ulik konklusjon.

Ombudet⁹¹ konkluderte med at det forelå brudd på likestillingsloven § 5, og at sykepleierne ble indirekte diskriminert på grunn av lønnsdifferensieringen.

Nemnda delte seg i 4-1. Flertallet mente at den ulike avlønningen var indirekte diskriminering, men at unntaksbestemmelsen i § 3 fjerde ledd kom til anvendelse.

Mindretallet inntok motsatt standpunkt og konkluderte med at avlønningen av avdelingssykepleierne var i strid med likestillingsloven § 5, jfr. forbudet mot indirekte forskjellsbehandling i § 3. Mindretallets konklusjon var i hovedsak i samsvar med Ombudets begrunnelse.

8.2.1. Ansiennitet

Det første momentet som ble drøftet var ansiennitet. Med ”ansiennitet” siktes det til hvor lenge en arbeidstaker har vært aktiv i et yrke, eller hvor lenge denne har vært ansatt i bedriften. Forutsetningen for at dette er et kjønnsnøytralt kriterium er at kvinner og menn vurderes på samme måte. Det må skje en objektiv vurdering i det konkrete tilfelle⁹². I denne saken hadde ikke arbeidsgiver sannsynliggjort at det var ansienniteten til ingeniørene som var årsaken til ulikhetene i lønn⁹³. Kommunens anførsel om at ingeniørene hadde lengre erfaring og lengre fartstid ble ikke godtatt av Nemnda. På dette punktet var ikke beviskravet etter § 16 oppfylt. Her foretok Nemnda en realitetsvurdering av arbeidsgivers bevis. Det var ikke tilstrekkelig at arbeidsgiver sa at slik er situasjonen. Dette er i samsvar med forarbeider⁹⁴ og flertallets argumentasjon i både den danske Høyesterettsavgjørelsen av 29.9.2009 og LDN sak 7/2006.

⁹¹Ombudet sak 06/1834

⁹²C-184/89

⁹³LDN sak 23/2008 side 14

⁹⁴Ot. Prp. Nr. 77 (2000-2001) side 114

8.2.2. Markedsverdi

Det neste momentet som ble drøftet i avgjørelsen var ”markedsverdi”. Markedsverdi vil være lønnen som fastsettes i arbeidsmarkedet på bakgrunn av yrkesgruppers tilbud og etterspørsel. Dette er gjerne det partene i tarifforhandlingene blir enige om.

For at markedsverdi skal godtas som unntaksadgang må det utgjøre et saklig formål, uavhengig av kjønn, være nødvendig samt proporsjonalt.⁹⁵ Dette er grunnlaget for at generelle rekrutteringsproblemer ikke er tilstrekkelig. Det kreves at arbeidsgiver kan påvise at det foreligger ”*særlige omstendigheter*”⁹⁶ som gjør det nødvendig å måtte bruke lønn som virkemiddel for å rekruttere eller beholde arbeidstakere. I Harstad-saken mente flertallet at ingeniørenes markedsverdi oppfylte dette kravet.

Utfallet av avgjørelsen i LDN sak 23/2008 kan likevel utfordres på forskjellige måter. Det er en svakhet ved avgjørelsen at kommunen ikke faktisk godtgjorde at det var nødvendig å avlønne sine arbeidstakere forskjellig. Flertallet foretok en vurdering av behovet for at ingeniørene beholder sin lønn, og konkluderte med at lønnen ikke kunne settes ned.

Perspektivet flertallet inntok var hensynet til at mennene skulle få beholde sin lønn, ikke hensynet til at sykepleierne skulle få høyere lønn. Dette er interessant, ettersom det er sjelden at lønn settes ned i likelønnsaker. EF-domstolen har i flere avgjørelser lagt til grunn at diskriminerte arbeidstakere har krav på å få samme lønn som sammenligningsgruppen, som er det eneste referansepunktet inntil ny lønn er fremforhandlet⁹⁷.

I forhold spørsmålet om markedsverdi oppfylte vilkårene i § 3 fjerde ledd kom Nemndas flertall i LDN 23/2008 og Ombudets i Typograf-saken til forskjellige resultat. I Typograf-saken mente Ombudet at det ikke var nødvendig å opprettholde et lønnsgap mellom konsulentens og typografenes lønn. I Harstad-saken mente Nemnda at det var nødvendig. Dette reiser flere spørsmål. Hvorfor var det nødvendig for ingeniørene å opprettholde et lønnsgap mellom deres og sykepleiernes lønn? Hvorfor var det å anvende lønn som virkemiddel proporsjonalt i Harstad-saken, men ikke i Typograf-saken? Her kunne Nemnda gått enda grundigere inn i den bevismessige situasjonen. Det er rimelig at kommunen kan bruke lønn som virkemiddel, men burde det ikke da være nok at ingeniørene fikk beholde sin

⁹⁵Likestillingsloven § 3 fjerde ledd

⁹⁶NOU 2009:14 punkt 19.2.1.1

⁹⁷NOU 2009:14 s. 258

lønn? Etter min mening er det vanskelig å forstå hva som skiller ingeniører og sykepleiere fra typografer og konsulenter. Det burde derfor kommet klarere til uttrykk i avgjørelsen hvorfor det var nødvendig å opprettholde et lønnsgap mellom ingeniørenes og sykepleiernes lønn.

Den største svakheten ved LDNs argumentasjon er at det ikke ble foretatt en vurdering av behovet for å oppjustere sykepleiernes lønn. Nemnda slo kort fast situasjonen til sykepleierne, uten å foreta en realitetsdrøftelse av den. Hvorfor gikk ikke LDN inn i materien og vurderte sykepleiernes situasjon på lik linje med ingeniørenes? Her behandlet ikke Nemndas flertall bevisbyrderegelen i samsvar med retningslinjene forarbeider⁹⁸ og flertallets avgjørelse i LDN sak 6/2007 oppstiller. Skal likelønnsregelen håndteres på en rettferdig måte er det nødvendig at begge parter behov for lønnsøkning blir vurdert like grundig. Ellers blir dommen ensidig, og det vil føre til en utilsiktet skjevhet ved håndheving av reglen.

8.2.3. Markedsverdi i forhold til kvinnekonvensjonen art 5.a.

Det følger av Kvinnekonvensjonens artikkel 5 a at *"konvensjonspartene skal treffe alle egnede tiltak for å endre sosiale og kulturelle atferdsmønstre med sikte på å få avskaffet fordommer og skikk og bruk og all annen praksis som bygger på forestillinger om at det ene kjønn er mer eller mindre verd enn det andre, eller på stereotype roller for menn og kvinner"*. Denne bestemmelsen har blitt trukket inn som fortolkningsfaktor ved fastleggelsen det individuelle diskrimineringsvernet⁹⁹. EUs nye direktiv om etnisk diskriminering¹⁰⁰ og det nye likestillingsdirektivet¹⁰¹ henviser også direkte til FNs kvinnekonvensjon, og gjør det klart at EU-rettens direktiver skal tolkes i lys av kvinnekonvensjonen.

8.2.3.1. Er anvendelse av markedsverdi som unntaksadgang i strid med Kvinnekonvensjonen art. 5.a?

I tilknytning til spørsmålet om markedsverdi sa Nemnda i LDN sak 17/2006¹⁰²: *"Historiske årsaker har tidligere vært godtatt som en kjønnsnøytral begrunnelse for å opprettholde lønnsforskjeller mellom ulike grupper, basert på ulik styrke i tarifforhandlinger. Det vil likevel være begrenset hvor lenge en slik ulikhet vil kunne opprettholdes uten å stride mot*

⁹⁸Ot. Prp. Nr. 77 (2000-2001) side 114

⁹⁹Hellum, 2008, side 243

¹⁰⁰Direktiv 2000/43

¹⁰¹Direktiv 2002/73

¹⁰²LDN Sak nr. 17/2006 side 11

grunntrekk i lønnsdiskrimineringsforbudet. Det kan samtidig argumenteres med at typografene alltid har vært en mannsdominert gruppe, og at konsulentgruppen trolig alltid har hatt en stor overvekt av kvinner. Å legge stor vekt på tidligere oppnådde fordeler for en mannsdominert gruppe, kan etter Nemndas oppfatning være betenkelig ut fra et likestillingsperspektiv.”

Denne uttalelsen viser at Nemnda er klar over at enkelte markedshensyn kan være et resultat av holdninger, tradisjoner og fordommer i samfunnet. Disse vil det ikke være tillatt å vektlegge. Dette er ikke kjønnsnøytrale markedshensyn. For å avgjøre om markedsverdi er i strid med art. 5 a må det foretas en vurdering av hvilke markedshensyn som er fremtredende i den konkrete situasjonen. Det er det reelle forholdet som må vurderes. Hvordan vet man om imidlertid om det er tilfelle?

Her kan LDN sak 23/2008 Harstad-saken belyse vanskelighetene markedshensyn fører med seg. Her var det uenighet mellom Ombudet og Nemnda om markedshensyn var et legitimt hensyn å vektlegge. Nemnda mente at ettersom det var mangel på ingeniører var det nødvendig å bruke lønn som virkemiddel. Sykepleiere er det for tiden ikke mangel på, og derfor var det ikke nødvendig å oppjustere deres lønn.

Ombudet inntok motsatt standpunkt og mente at sykepleiernes lavere lønn skyldtes at de jobbet i en kvinnedominert yrkesgruppe, mens ingeniørene tilhørte en mannsdominert yrkesgruppe. I den sammenheng ble det uttalt¹⁰³: *”Kvinner og menn som utfører arbeid av lik verdi, vil i et slikt system bare lønnes likt dersom de tilfeldigvis har samme markedsverdi. En slik lønnspolitikk innebærer at det helt grunnleggende kravet om likelønn mellom kvinner og menn ikke oppfylles, og det er etter Ombudets mening ingen tvil om at dette ”faktisk virker slik at kvinner stilles dårligere enn menn”, jfr. definisjonen av indirekte diskriminering.”*

Mindretallet i LDN sak 23/2008 uttalte¹⁰⁴ i tilknytning til samme spørsmål: *”Stillingene som avdelingssykepleiere tiltrekker tradisjonelt kvinner, mens stillingene som ingeniører generelt, og fagkoordinatorer spesielt, tradisjonelt har vært besatt hovedsakelig av menn. Å legge vekt på markedshensyn i henhold til den mannsdominerte gruppen vil da virke kjønnskjevt og*

¹⁰³Ombudet saksnr. 06/1834 side 8

¹⁰⁴LDN sak 23/2008 side 15

ramme kvinner som utfører arbeid av samme verdi som menn. Dette får store konsekvenser i et likestillingsperspektiv.”

Disse uttalelsene viser at hvorvidt man står overfor konkrete markedshensyn eller ikke beror på rettsanvenderens subjektive oppfatning. Grensedragningen mellom tillatte og ikke-tillatte markedshensyn er vanskelig å trekke. Det er flytende overganger mellom de markedshensyn som er et resultat av tilbud og etterspørsel i markedet, og de som er et resultat av tradisjoner og fordommer. En ting er at flertallet i Nemnda mente det var vanskelig å rekruttere ingeniører. Behov for arbeidskraft er et kjønnsnøytralt markedshensyn. Anvendelse av dette markedshensyn støtter imidlertid opp under de markedshensyn man ikke ønsker å vektlegge, og som ikke er kjønnsnøytrale. Sykepleiere har tradisjonelt vært lavtlønnet, deres arbeid har vært mindre verdsatt enn menns, og deres lønn har vært et resultat av at de jobbet i et kvinne-dominert yrke i det offentlige uten samme forhandlingsposisjon som arbeidstakere i andre yrker og privat sektor. Disse forholdene får lov til å bestå når de legitime markedshensynene oppfyller vilkårene i § 3 fjerde ledd.

Håndhevingsorganene anvender markedsverdi som unntaksadgang fra likestillingsloven § 5. Dette er et signal om at de mener dette ikke er i strid med kvinnekonvensjonen art. 5. a. Det er jeg ikke enig i. Markedsverdi vil alltid gi uttrykk for holdninger og tradisjoner i arbeidsmarkedet. Når det anvendes som unntaksadgang fører det til at stereotypiseringer av yrkesgrupper opprettholdes. Dette har igjen den konsekvens at markedsverdi støtter opp under presumpsjonen om at menn er mer verdt enn kvinner. Markedsverdi er således ikke et kjønnsnøytralt argument. Markedsverdi som unntaksadgang gjør det vanskelig for kvinnelige arbeidstakere i tradisjonelle kvinne-dominerte yrker å få medhold hos håndhevingsorganene. Når markedsverdi anvendes som unntaksadgang svekker det likelønnsprinsippet. Det bør derfor reises spørsmål ved om markedsverdi som unntaksadgang er i strid med kvinnekonvensjonen art. 5.a. Jeg er av den oppfatning at det er tilfelle. Dersom svaret på dette imidlertid er nei, er art. 5 a uansett et tungtveiende argument for å jobbe for å motvirke bruk av markedsverdi som unntaksadgang – fordi det indirekte og direkte fører til og støtter at de strukturelle samfunnsforholdene får lov til å bestå.

8.2.4. Oppsummering av markedsverdi

I avgjørelsene til håndhevingsorganene i Norge trekkes tilnærmet alltid markedsverdi inn som et ledd i begrunnelsen. Dette henger sammen med at Norge har ett av de mest kjønnsdelte arbeidsmarkedene i verden¹⁰⁵. Dagens arbeidsmarked fører til at det fortsatt er kvinnene som har hovedansvaret for hjemmearenaen. Det er kvinnene som jobber deltid og de som tar det meste av fødselspermisjonen¹⁰⁶. Dette har betydning for markedsverdien til de kvinnelederte yrkesgruppene.

En gjennomgang av praksis fra EF-domstolen viser at markedsverdi ved ett tilfelle har vært anvendt i argumentasjonen til domstolen. I Enderby-saken¹⁰⁷ uttalte EF-domstolen at markedsverdi kunne være en objektiv rimelig økonomisk grunn til å avlønne to arbeidstakere forskjellig. EF-domstolen presiserte videre at det var opp til den nasjonale domstolen å avgjøre om, og under hvilket omfang dette prinsippet skulle få. Domstolen tok ikke selv stilling til markedsverdi som unntaksadgang, men åpnet for at nasjonale domstolene kunne gjøre det. EF-domstolen har flere saker forelagt seg enn de norske håndhevingsorganene, og har færre ganger fremhevet markedsverdi som unntaksadgang. Dette i seg selv trekker i retning av at nasjonale håndhevingsorganer bør være forsiktig med å anvende markedsverdi som begrunnelse til ulik avlønning av arbeidstakere. Det kan også reises spørsmål ved om grunnen til at EF-domstolen ikke har nevnt markedsverdi i sine avgjørelser siden Enderby-saken er et tegn på at de har forlatt denne unntaksadgangen. Det er 17 år siden Enderby-saken ble avgjort. EF-domstolens praksis endrer seg over tid. Når de ikke har utviklet dette feltet kan det være et signal om at dette er noe domstolen har gått bort fra.

Et annet trekk med markedsverdi er at det er forskjellig praksis rundt anvendelsen av det. For eksempel brukes markedsverdi ulikt i forhold til rekruttering av pedagogisk personale til barnehager enn for ingeniørene i Harstad-saken. Her brukes ikke lønn som virkemiddel for å rekruttere ansatte. Det gis heller dispensasjon til å ansette ufaglærte. Bruk av dispensasjon er særlig utbredt i de typiske kvinnelederte yrkesgruppene. Dette reiser et spørsmål: Hvorfor kan egentlig samfunnet klare seg bedre uten ikke-utdannede kvinner enn ikke-utdannede menn?

¹⁰⁵NOU 2008:6 punkt 3.3

¹⁰⁶HK*NYTT, Fagblad for handel og kontor i Norge, Nummer 9, Årgang 103,2009, side 22

¹⁰⁷C-127/92 premiss 26

Bruken av ufaglærte kan belyses med en undersøkelse¹⁰⁸ av Norsk Sykepleierforbund (NSF). NSF ga analysebyrået Econ i oppdrag å finne ut hvilke yrkesgrupper som skulle vært på vakt, og hvilke yrkesgrupper som faktisk var på jobb. Denne kartleggingen avslørte utstrakt bruk av ufaglærte. I hjemmesykepleien er det på hverdagene 42 prosent flere ufaglærte på jobb i forhold til planlagt bemanning. På sykehjem er andelen ufaglærte i helgene 48 prosent, mens på hverdagene utgjør ufaglærte 29 prosent av den totale bemanningen. Denne undersøkelsen angir gjennomsnittet av bruken av ufaglærte ved de enkelte institusjonene. Ved ett av sykehjemmene som ble undersøkt var 80 prosent av bemanningen ufaglærte, selv om det var planlagt at hundre prosent skulle være faglærte den dagen¹⁰⁹.

Når lønn ikke brukes som virkemiddel for å beholde ansatte, velger mange arbeidstakere etter en tid andre yrker. Dette har man for eksempel sett tendenser av i læreryrke. Nylig kom det en undersøkelse¹¹⁰ som konkluderte med at 1/7 nyutdannede lærere heller velger andre yrker enn læreryrke. Lønn ble oppført som en av grunnene.

Tendensen til bruk av ufaglærte og at arbeidstakere velger andre yrker illustrerer ulempen ved markedshensyn. Det er vanskelig å vite når, hvor og i hvilke situasjoner det er legitimt å anvende markedshensyn. Skal markedshensyn benyttes, bør det også likebehandle yrkesgrupper samt menn og kvinner. Her er vi innenfor kjerneområdet av likestillingsloven § 5. Dette er ikke tilfelle med dagens situasjon når visse yrkesgrupper bruker lønn som virkemiddel, andre yrkesgrupper bruker det ikke.

I forarbeider¹¹¹ er det fremhevet at ”*Departementet ikke ønsker å lovfeste eller endre de prinsipper som er utviklet i norsk eller EF-rettslig praksis i relasjon til vektlegging av individuelle forhold, markedsverdi og forhandlinger i lønnsfastsettelsen. Departementet vil overlate til praksis å utvikle disse prinsippene.*” Dette viser at departementet ønsker at håndhevingsorganene skal utvikle markedsverdi som unntaksadgang. Markedsverdi fører etter min mening til en svekkelse av diskrimineringsvernet. Det bør av den grunn debatteres hvor stor plass vi ønsker at denne unntaksadgangen skal ha. Slik markedsverdi praktiseres som unntaksadgang i dag er det ikke et kjønnsnøytralt argument. Dersom markedsverdi skal

¹⁰⁸ http://www.sykepleien.no/ikbViewer/page/sykepleien/vis/artikkel-nyhet?p_document_id=257704

¹⁰⁹ http://www.dagbladet.no/2009/08/31/nyheter/valg_2009/valg09/eldre/eldreomsorg/7883404/

¹¹⁰ <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article3008761.ece>

¹¹¹ Ot.prp.nr.77(2000-2001)side 61

anvendes som unntaksadgang i fremtidige saker bør departementet komme med konkrete retningslinjer for hvordan denne unntaksadgangen skal fungere, istedenfor å overlate dette til håndhevingsorganene.

8.2.5. Tariffavtaler skal oppjustere lønnsnivået til generelle grupper

I LDN sak 23/2008 var en av flertallets begrunnelse for at det ikke forelå brudd på § 5 at *”Likestillingsloven ikke er ment å brukes til generelle oppjusteringer av lønn for hele yrkesgrupper¹¹²”*. Sitatet flertallet baserer sin argumentasjon på er formulert slik i forarbeider¹¹³: *”Retten til sammenlikning gjelder dermed ikke for ubestemte grupper av arbeidstakere, som for eksempel en hel yrkesgruppe. En eventuell generell oppjustering av lønn for en hel yrkesgruppe vil måtte skje gjennom sentrale forhandlinger mellom partene. Man skal imidlertid ikke se bort fra at avgjørelser i enkeltsaker kan gi argumenter i forhandlingene som taler for heving av enkelte kvinnedominerte yrkesgrupper.”*

Etter min mening sier ikke lovgiver her at håndhevingsorganene skal avstå fra å treffe vedtak, dersom vedtaket vil få ringvirkninger for andre utenom partene i tvisten. Nemnda skal ta standpunkt til de innklagede sakene. Jeg forstår denne uttalelsen slik at Ombudet og Nemnda ikke kan avsi uttalelser for upresise krav fra store grupper. Da kunne arbeidstakere heller anvendt håndhevingsorganene som lønnsfastsettere fremfor tariff-forhandlinger. Dette hadde vært ugunstig. En avgjørelse av håndhevingsorganene er et forvaltningsvedtak etter forvaltningsloven § 2, og skal bare ha direkte virkning for partene i saken. I Harstad-saken krevde bare to sykepleiere lønnsøkning etter § 5. Dersom disse hadde fått medhold, ville det derfor ikke ført til en generell oppjustering av sykepleiernes lønn.

8.2.6. Bemerkninger til LDN sak 23/2008

I LDN sak 23/2000 var arbeidstakernes lønn fastsatt på bakgrunn av deres respektive tariffavtaler. Kommunen ble likevel innklaget til Ombudet og Nemnda. Dette viser hvordan § 5 fungerer i praksis. Arbeidsgiver har etter denne en selvstendig plikt til å sørge for og å tilstrebe at de ansatte i sin virksomhet som utfører arbeid av lik verdi har lik lønn¹¹⁴. Lønnsforhandlinger må derfor føres innenfor rammen av likelønnsprinsippet. Dette er et

¹¹²LDN sak 23/2008 side 15

¹¹³Ot.prp. nr.77 (2000-2001) s. 59

¹¹⁴Storeng, 2008, side 163

viktig punkt i avgjørelsen. Uavhengig av resultatet i saken bør dette oppfordre arbeidsgivere til å foreta en vurdering av om arbeidstakers lønn etter tariffavtalen er i samsvar med de krav som følger av § 5.

Flertallet i Harstad-saken var av den oppfatning at hensynet til lovbestemmelsens effektivitet tilsa at det var viktig at ansvar for mennesker og liv kunne sammenlignes med ansvar for koordinering av tekniske operasjoner. Jeg savner at Nemnda anvender det samme hensynet som begrunnelse for å konkludere med at det foreligger ulik avlønning av sykepleierne. Hensynet til lovbestemmelsens effektivitet tilsier at Nemnda bør kunne se bort fra markedshensyn og heller vektlegge likestillingshensyn. Dette gjorde for eksempel Ombudet i sin uttalelse i Typografsaken. EF-domstolen har også i en rekke saker lagt vekt på hensynet til effektiv gjennomføring av likebehandlingsprinsippet ved fortolkninger av sine direktiver¹¹⁵. Det seneste eksempelet kom 29.10.2009 i sak C-63/08. Denne saken gjaldt oppsigelse av en gravid arbeidstaker, og spørsmålet om Luxembourgs lovgivning ga tilstrekkelig vern for denne. Luxembourgs lovgivning forbyr oppsigelse av arbeidstakere som er gravide, som nylig har født eller ammer. I denne saken ble en kvinne oppsagt. Hun fortalte arbeidsgiver på e-post dagen etter oppsigelsen at hun var gravid og at oppsigelsen derfor var ugyldig. Arbeidsgiveren besvarte ikke denne e-posten. Hun gikk da til rettslige skritt. Luxembourgs lovgivning setter en preklusjonsfrist for gravide arbeidstakers rett til å angripe arbeidsgivers oppsigelse. Arbeidstaker må anlegge søksmål for Luxembourgs arbeidsrettsdomstol innen 15 dager fra oppsigelsen. Arbeidstakeren overskred denne fristen. Spørsmålet i saken for EF-domstolen var om Luxembourgs lovgivning i forhold til denne fristen var i strid med EF-retten¹¹⁶. Her anvendte domstolen effektivitetsprinsippet¹¹⁷ som begrunnelse for at Luxembourgs frist var for kort, og ikke ga ikke gravide arbeidstaker som var oppsagte tilstrekkelig vern. Domstolen var derfor av den oppfatning at lengden på denne preklusjonsfristen var i strid med EF-retten¹¹⁸. EF-domstolens praksis tilsier at dette er et hensyn som Nemnda kan vektlegge mer. Likelønnsbestemmelsen vil ikke bli effektiv dersom markedshensyn og andre saklige grunner får større gjennomslagskraft enn effektivitetshensynet. Dette fører også til at unntaksadgangen etter likestillingsloven § 3 fjerde

¹¹⁵Vigerust, 2003, side 72

¹¹⁶Direktiv 92/85 artikkel 10 og 12

¹¹⁷Premiss 108 jfr. premiss 113 nr. 3

¹¹⁸Del VII, premiss 113, nr. 3

ledd ikke blir snever, slik det er tilsiktet av lovgiver¹¹⁹. Jo større unntaksadgangen er etter § 3 fjerde ledd, dess vanskeligere vil det være for arbeidstakerne å vinne frem med påstand om urettmessig avlønning.

I LDN 23/2008 mente flertallet at generelle lønnsøkninger for hele yrkesgrupper bør skje gjennom tariff-forhandlinger. Økonomihensyn ble et moment for å ikke gi sykepleierne medhold. Flertallet ønsket å overlate løsningen av dette spørsmålet til andre mekanismer. Når Nemnda overfører likelønnsproblematikken til tariff-forhandlinger, er det vanskelig å få likestillingsloven § 5 til å fungere. Dagens tariffoppgjør viser at likestillingsloven § 5 ikke er nok til å skape tilstrekkelig endring i arbeidstakernes lønnsforhold. Lovgiver har gitt håndhevingsorganene § 5 med det formål å avskaffe lovstridige lønnsforskjeller. Det er da viktig at bestemmelsen brukes til dette. Hvis ikke vil bestemmelsen ikke beskytte de som eventuelt er diskriminert, og føre til at rettstilstanden forblir ”status quo”.

9. Er dagens rettstilstand i samsvar med folkerettslige forpliktelser?

9.1. Oversikt

Hos EF-domstolen og i håndhevingsorgan i andre land med likelydende likelønnsbestemmelser, har arbeidstakere fått medhold i at det foreligger lovstridig avlønning. Det er derfor betenkelig at ingen har vunnet frem hos Nemnda på samme grunnlag. Er terskelen for å påvise rettsstridig lønnsdiskriminering i Norge høyere enn i øvrige europeiske land med likelydende likelønnsbestemmelse? Eller er situasjonen slik at arbeidsgivere i Norge er flinkere til å forebygge og forhindre lovstridig avlønning av arbeidstakere enn arbeidsgivere i andre europeiske land?

Jeg tror ikke at arbeidsgivere i Norge behandler sine arbeidstakere bedre enn arbeidsgivere i andre europeiske land. Forklaringen på hvorfor håndhevingsorganene sjelden har konkludert med at arbeidsgivere har overtrådt likestillingsloven § 5, må derfor skyldes andre grunner.

¹¹⁹Begrensningen til ”særlige tilfeller” i likestillingsloven § 3 fjerde ledd

9.2. Er håndhevingen av likelønnsbestemmelsen for restriktiv?

Det er lite empiriske materiale på dette feltet. Det kan imidlertid se ut som det er tendenser til at Ombudet er mer radikale i sine avgjørelser enn Nemnda. Dette kan tyde på at særlig Nemnda har en for restriktiv håndheving av likelønnsbestemmelsen. En av forklaringene på dette kan være at Ombudet har to mandat¹²⁰. De skal være både håndhevere og pådrivere i likestillingskampen. Nemnda har bare håndheverfunksjonen¹²¹. Det er likevel de samme saker som vurderes etter samme rettsgrunnlag. Det burde derfor ikke være forskjell på om det er Ombudet eller Nemnda som tar stilling til saken. Det er tankevekkende at ingen har vunnet frem hos Nemnda med påstand om lovstridig lønnsdifferensiering. Det er ikke ønskelig med et håndhevingsorgan tilnærmet ingen vinner frem i. Det lar seg ikke trekke klare konklusjoner her. Dersom situasjonen imidlertid er slik vil det svekke rettssikkerheten og forutberegneligheten til arbeidstakere. Uansett hvilken instans arbeidsgiver og arbeidstaker klager til, bør § 5 håndheves likt.

Spørsmålet om Nemnda har en for restriktiv håndheving av likelønnsbestemmelsen kan belyses med et sitat av Gudrun Holgersen, nestleder i Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Hun uttalte¹²² i tilknytning til Harstad-saken at Nemndas flertall var ”*litt tilbakeholdne*” i sin avgjørelse. Gjennom å være tilbakeholden har flertallet i Nemnda tolket likestillingsloven § 5 innskrenkende. Dette reiser to problemstillinger. Er flertallets holdning i Harstad-saken i samsvar med:

- 1) Lovgivers forutsetning om at diskrimineringsforbudet skal være en dynamisk norm¹²³?
- 2) Folkerettslige forpliktelser, herunder spesielt EØS-rettslige forpliktelser og praksis fra EF-domstolen?

Svaret på disse spørsmålene vil i stor grad være sammenfallende. Også EF-domstolen ønsker at diskrimineringsforbudene skal være en dynamisk norm. Dette gjenspeiles i EF-domstolens tolkningsstil, som både er formålsorientert og progressiv. Likelønnsprinsippet er et av de grunnleggende prinsippene innenfor EU som Norge er bundet av gjennom EØS-avtalen, jfr. avtalens art. 69 og 70 samt likebehandlingsdirektivet¹²⁴. I utgangspunktet er EF-domstolens

¹²⁰Diskrimineringsombudsloven §§ 1 jfr. 3.

¹²¹Diskrimineringsombudsloven § 6

¹²²Holgersen (2009)

¹²³Blant annet fremhevet i Ot.prp. nr. 33(1974-75) side 56

¹²⁴Vigerust, 2003, side 12

praksis avsagt etter EØS-avtalens inngåelse bindende som fortolkningsfaktor for norske håndhevingsorganer¹²⁵.

9.3. Hvilken betydning har flertallets uttalelse i Harstad-saken i forhold til EØS-rettslige forpliktelser?

Når norske håndhevingsorganer er tilbakeholdne fremfor progressive ved tolkning av likelønnsprinsippet er det naturlig at Nemnda ikke kan komme til samme resultat som EF-domstolen, selv om det er samme saker som vurderes etter samme rettsgrunnlag. Det er to vesensforskjellige tolkningsstiler som anlegges av disse håndhevingsorganene. Mens den ene domstolen utvikler feltet i takt med samfunnsutviklingen, holder den andre domstolen tilbake. På dette punktet har ikke Nemnda i tilstrekkelig grad fulgt opp de retningslinjer EF-domstolen anlegger i sine saker. Kravet til effektivitet og ønsket om at likestillingsloven § 5 skal være en dynamisk norm burde komme klarer til uttrykk i Nemndas avgjørelse, enn det som er tilfelle i Harstad-saken.

Holgersen mener at deres tilbakeholdenhet har legitimitet siden det var skjønnsmessige avveininger de tok stilling til. Selv om lovgiver har gitt en skjønnsmessig bestemmelse, både i tilknytning til likelønnsprinsippet og dens unntaksbestemmelser, er håndhevingsorganene likevel forpliktet til å tolke denne i samsvar med EF-domstolens praksis og de føringer lovgiver har gitt for bestemmelsene. Føringer fra EF-domstolen og lovgiver vil sette grenser for innholdet av de skjønnsmessige avveiningene til Nemnda. Likestillingslovens dynamiske karakter og EF-domstolens progressive tolkningsstil tilsier derfor at det ikke bør anvendes en defensiv tolkning ved kartlegging av innholdet av likestillingsloven § 5.

Å tolke likestillingsloven § 5 innskrenkende har også konsekvenser i et større perspektiv. Arbeidstakere i andre europeiske land, med håndhevingsorganer som tolker deres likelønnsbestemmelse i tråd med EF-domstolens praksis, vil ha et bedre vern enn arbeidstakere i Norge. Det er ikke i tråd med målsetningen innenfor EØS og EU om ensartethet og homogenitet mellom statene¹²⁶. Det er vanskelig med fri flyt av arbeidskraft¹²⁷,

¹²⁵EØS-avtalen art. 6

¹²⁶EØS-avtalens fortale, særlig punkt 5

¹²⁷EØS-avtalen art. 1.2 bokstav b og c

når arbeidstakerne ikke blir likebehandlet i de forskjellige landene. Det blir ikke riktig om det er der arbeidstakeren geografisk jobber og anlegger sak, som avgjør hvor sterkt vern denne har mot lønnsdiskriminering. Det er noe som ikke stemmer når arbeidstakere har vunnet frem med påstand om lønnsdiskriminering blant annet i Danmark og hos EF-domstolen, men ikke hos Nemnda i Norge. Dette er forhold som trekker i retning av at terskelen for å vinne frem med påstand om urettmessig avlønning er for høy i Norge.

10. Rettsvirkninger

10.1. Etter diskrimineringsombudsloven

Rettsvirkningen ved overtredelse av § 5 er sivilrettslige reaksjoner. Ved urettmessig avlønning etter § 5 er det viktig at det diskriminerende forholdet opphører. Nemnda har derfor kompetanse til å gi pålegg om stansing eller retting¹²⁸. Dette innebærer at arbeidsgiver blir pålagt å oppjustere arbeidstakers lønn til samme nivå som de øvrige arbeidstakernes. På denne måten vil lønnsdiskrimineringen forsvinne. Dersom Nemndas pålegg ikke blir fulgt opp av arbeidsgiver har de kompetanse til å ilegge tvangsmulk¹²⁹. Med ”tvangsmulk” forstås et beløp som en skyldner kan bli pålagt å betale per dag eller uke til denne har oppfylt sine forpliktelser¹³⁰. Formålet med dette er å fremtvinge arbeidsgiver til å oppfylle sine forpliktelser etter Nemndas avgjørelse.

I løpet av de siste fire årene har det ikke vært nødvendig å anvende tvangsmulk, pålegg eller stansing som virkemiddel i likelønnsaker. Dette henger sammen med at ingen arbeidsgivere har blitt pålagt å rette opp lønnsforskjeller av Nemnda.

10.2. Etter likestillingsloven

Etter likestillingsloven § 17 kan *”en arbeidstaker som har blitt behandlet i strid med bestemmelser i likestillingsloven av arbeidstaker eller noen som handler på vegne av denne kreve erstatning eller oppreisning uten hensyn til arbeidsgiverens skyld”*. Med *”erstatning”* forstås det økonomiske tapet arbeidstaker har lidt på bakgrunn av arbeidsgivers handling. For eksempel tapt arbeidsinntekt i den perioden arbeidstakeren har vært avlønnet lavere enn andre

¹²⁸Diskrimineringsombudslovens § 7 første ledd

¹²⁹Diskrimineringsombudsloven § 8

¹³⁰Gisle, 2003, side 177

i virksomheten. ”Oppreisning” er en kompensasjon for ikke-økonomisk skade. Dette skal oppveie for at arbeidstaker har blitt krenket, følt et personlig ubehag eller opplevd arbeidsgivers handlinger som nedverdiggende. Nemnda har i dag bare kompetanse til å pålegge arbeidsgiver plikter fremover. Erstatning og oppreisning er derfor sanksjoner som må bli idømt av de ordinære domstolene.

Arbeidsgiver er etter likestillingsloven § 17 pålagt et objektivt ansvar for arbeidstaker. Med ”objektivt ansvar” forstås at det ikke er nødvendig å kunne bebreide arbeidsgiver. Dette skiller seg ut fra det vanlige skyldkravet som kreves for å bli tilkjent erstatning og oppreisning. Denne regelen er begrunnet i EF-rettslige forpliktelser, og hensynet til regelverkets effektivitet og gjennomslagskraft¹³¹. EF-domstolen har lagt til grunn at hensynet til effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet krever et ansvar uten hensyn til skyld ved kjønnsdiskriminering på arbeidslivets område¹³². I de tilfeller det foreligger kjønnsdiskriminering utenfor arbeidslivets område vil dette bli regulert av de vanlige erstatningsregler. Det er da nødvendig at det foreligger skyld fra den som er ansvarlig for diskrimineringen.

Det å bli ansvarlig for overtredelse av likelønnsprinsippet kan få store økonomiske konsekvenser for arbeidsgiver. Dette kan eksemplifiseres med en sak som verserer i Storbritannia¹³³. Denne saken gjelder lønnskrav fra 2065 kvinnelige kokker og omsorgsarbeidere, herunder blant annet sykepleiere, mot deres arbeidsgiver Cumbria County Council. Kvinnene hevder de er ansatt på mindre gunstige vilkår enn menn. For noen av kvinnene refererer disse arbeidsvilkårene seg helt tilbake til 1997. Arbeidsgiver har fremsatt et tilbud om forlik, som de ansatte har frist til 30.11.2009 med å godta. Den totale pakken arbeidsgiver har tilbudt de ansatte er verdt £ 40 millioner. Dette tilsvarer cirka 380 millioner norske kroner. I dag er det 197 arbeidstakere som har godtatt dette. I den danske Høyesterettsavgjørelsen av 29.9.2009 ble innklagede pålagt å betale erstatning på 674.673 kroner samt saksomkostninger på 229.010 kroner. I Norge er situasjonen slik at det er sjelden arbeidstaker får erstatning eller oppreisning ved brudd på likelønnsbestemmelsen. Likestillingsloven og likelønnsregelen har eksistert i 30 år. Når ingen i Norge får eller krever

¹³¹NOU 2009:14 side 276

¹³²Blant annet Dekker C-177/88

¹³³<http://www.equality-ne.co.uk/news/articles/7437>

http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/cumbria/4261955.stm

erstatning og/eller oppreisning tyder dette på at det noe som ikke fungerer. En av forklaringene på dette er at det bare er domstolene som har kompetanse til å idømme erstatning og oppreisning. Det er få likelønnssaker som blir innklaget til de ordinære domstolene.

10.2.1. Hvorfor brukes ikke domstolene oftere i likelønnssaker?

En av årsakene til dette kan være faren for å tape saken og bli idømt saksomkostninger.

Hovedregelen er at når man taper en sak, bærer man sine egne og motpartens saksomkostninger¹³⁴. Dette kan ha en avskrekkende virkning som forhindrer at arbeidstakere reiser sak for domstolene.

Den manglende domstolsbehandlingen kan også forklares med at arbeidstakere ikke er kjent med at man må gå til domstolene for å få behandlet slike krav¹³⁵. Det er derfor viktig at dette er informasjon som arbeidstakere vet idet sak anlegges, slik at det er et bevisst valg om arbeidstaker ønsker å kreve erstatning og oppreisning, eller ikke.

10.2.1.1. Hva kan gjøres for at retten til erstatning og oppreisning skal bli mer brukt?

Arbeidstakere må enten anlegge sak direkte for de ordinære domstolene, eller Nemnda må gis kompetanse til å ilegge erstatning og oppreisning.

En mer utstrakt bruk av partshjelp etter tvisteloven §§ 15-7 og 15-8 kan være tiltak for økt domstolsbehandling. Dette kan skje på flere måter. I rettshjelpsmeldingen¹³⁶ er det fremmet forslag om at det bør vurderes å innføres fri rettshjelp til den private part der søksmål er anbefalt av Ombudet. Et annet tiltak kan være å gi Ombudet ressurser til å være partshjelper¹³⁷, eller at fagforeninger i større grad støtter sine medlemmer og fører saken for domstolene. I Danmark føres det ofte saker for domstolene ledet av fagorganisasjonene¹³⁸. Fagforeninger har i større grad økonomi til å bære et slikt økonomisk tap. De har også ofte anledning til å pulverisere tapet, mens en enkeltperson må bære den økonomiske belastningen

¹³⁴ Tvisteloven § 20-2

¹³⁵ McClimans (2009)

¹³⁶ St. meld. Nr. 26 (2008-2009) punkt 9.3.3.8

¹³⁷ NOU 2008:6 punkt 7.5.1

¹³⁸ For eksempel Dansk Høyesterettsdom av 29.9.2009

alene. Fordelen ved partshjelp er at det anonymiserer arbeidstaker i konflikten. Denne slipper å stå frem personlig. Arbeidstaker kan heller få hjelp til å fremsette sine meninger gjennom en vedkommende stoler på, og som har kompetanse på feltet. Dette kan gjøre at belastningen ved å føre sak mot arbeidsgiver blir mindre.

Graverutvalget har foreslått å gi Nemnda kompetanse til å idømme erstatning og oppreisning¹³⁹. Dette mener jeg er et godt forslag. Hensynet til en effektiv sanksjonering av likelønnsbestemmelsen, og at Nemnda er et spesialistorgan på overtredelse av diskrimineringsforbud trekker i retning av at Nemnda bør tillegges slik kompetanse¹⁴⁰. Det er rimelig at arbeidstaker som har lidt økonomisk tap, og følt arbeidsgivers handling som en belastning og påkjenning tilkjennes en økonomisk kompensasjon for dette. Dette bør arbeidstaker kunne kreve, uavhengig av hvilket håndhevingsorgan denne velger å innklage arbeidsgiver til. Mothensyn¹⁴¹ som gjør seg gjeldende er rettssikkerhetshensynet og hensynet til at saken er tilstrekkelig opplyst før avgjørelse fattes. Nemnda er et forvaltningsorgan, plassert i Oslo med avgjørelser som ikke er like godt kjent som domsavgjørelser. Det er fare for at den allmennpreventive virkningen av Nemndas vedtak ikke er like stor som en domsavgjørelse. Nemnda har valgt å ikke ta standpunkt til om de bør tillegges slik kompetanse¹⁴². Dette spørsmålet vil ikke bli avklart før ny diskrimineringslov vedtas.

¹³⁹NOU 2009:14 side 297

¹⁴⁰Likestillings- og diskrimineringsombudet, 2008, side 27

¹⁴¹Likestillings- og diskrimineringsombudet, 2008, side 27

¹⁴²Helgeland (2009)

11. Oppsummering

Likelønnsproblematikken er et komplekst problem. Lønnsgapet mellom kvinner og menns lønn på 15 prosent har vært tilnærmet stabilt i 20 år¹⁴³. Likelønnsprinsippet har vært lovfestet siden 1978, og blitt innskjerpet og presisert flere ganger. Dagens rettstilstand viser likevel at svært få vinner frem hos de norske håndhevingsorganene. Ingen arbeidstakere anlegger sak for de internasjonale klageorganene, og tilnærmet ingen anlegger sak direkte for de ordinære domstolene. Dette har igjen den konsekvens at det er ingen arbeidstakere som tilkjennes erstatning og/eller oppreisning ved overtredelse av likestillingsloven § 5. Hva kan gjøres for å effektivisere vernet likestillingsloven § 5 gir arbeidstakere?

En begynnelse vil være å ta i bruk likestillingsloven § 5 i større grad. Det er tre aktører likelønnsbestemmelsen retter seg mot. For å forsterke vernet likestillingsloven § 5 gir arbeidstakere må det stilles krav til samtlige av disse.

11.1. Arbeidsgiver

Det er viktig å gjøre arbeidsgivere kjent med likestillingsloven § 5. Kunnskap om denne kan forhindre at arbeidsgivere ubevisst bedriver lønnsdiskriminering. Dagens situasjon viser at tariffoppgjør ikke er nok til å skape endringer i de ansattes lønnsforhold. Arbeidsgiver er derfor nødt til å anvende likestillingsloven § 5 mer aktivt idet ansettelser skjer for å få bukt med lønnsforskjeller innenfor samme virksomhet.

Et annet forhold som kan føre til at likelønnsbestemmelsen blir mer aktiv er innsyn i andre arbeidstakers lønn. Graverutvalget¹⁴⁴ har fremmet forslag om at det skal innføres en rett for tillitsvalgte og verneombud til innsyn i lønn ved mistanke om brudd på § 5. Denne innsynsretten har et tosidig formål. For det første kan arbeidsgiver avklare misforståelser som arbeidstakere har om sin lønnsfastsettelse. En av årsakene til at arbeidstakere ikke vinner frem hos håndhevingsorganene er at de er i villfarelse om sin og andres lønnsituasjon. Dersom arbeidsgiver kan oppklare dette før forholdet innklages, vil det forhindre at det bringes saker inn for håndhevingsorganene.

¹⁴³NOU 2008:6 side 26

¹⁴⁴NOU 2009:14 punkt 19.4.5

Det andre formålet er at arbeidstakere som ikke vet at de blir avlønnet lavere enn andre, kan få kjennskap til det. Dette kan føre til at flere anlegger sak for håndhevingsorganene. Det er spesielt at arbeidstakere har rett til å gå til sak mot arbeidsgiver dersom denne tror det foreligger rettsstridig lønnsdifferensiering, men arbeidstakere har ikke rett til å vite hva sine arbeidskolleger tjener. Det er derfor behov for at en slik innsynsrett innføres. Arbeidsgiver vil også gjennom denne ha en oppfordring til å lønne sine ansatte i samsvar med de retningslinjer likestillingsloven § 5 oppstiller. Dette vil ha en allmennpreventiv effekt som vil effektivisere likestillingsloven § 5.

11.2. Lovgiver

Den nye likestillingsministeren ønsker å arbeide for likelønn i fremtiden¹⁴⁵. Dette er positivt, ettersom det eksisterer lønnsforskjeller i samfunnet som ikke forsvinner. De ulovlige lønnsforskjellene reguleres av § 5. For at likestillingsloven § 5 skal være et effektivt virkemiddel i likelønnskampen må bestemmelsen være utformet på en hensiktsmessig måte. Det er foreslått å samle diskrimineringsvernet i en felles diskrimineringslov. Her er det fremmet forslag om å videreføre likelønnsbestemmelsen med likelydende ordlyd som dagens § 5. Begrunnelsen til dette er at det kan komme til å svekke kvinners ”*reelle rett til likelønn*” dersom bestemmelsen blir opphevet¹⁴⁶. Her er det signaleffekten ved å fjerne bestemmelsen utvalget ønsker å unngå. Dette viser hvilken posisjon likelønnsregelen har i samfunnet, og hvor viktig bestemmelsen er.

Jeg er av den oppfatning at lovgiver også bør regulere unntaksadgangen etter likestillingsloven § 3 fjerde ledd nærmere. Det er lovgivers intensjon at unntaksadgangen etter § 3 fjerde ledd skal være snever¹⁴⁷. Når tilnærmet ingen vinner frem hos håndhevingsorganene foreligger det en motstrid på dette punktet. Det er en svakhet ved avgjørelsene til Ombudet og Nemnda at markedsverdi anvendes og drøftes som unntaksadgang i tilnærmet alle innklagede saker. Jeg er av den oppfatning at markedsverdi gjør at kvinner mangler effektiv beskyttelse mot lønnsdiskriminering. Det må derfor vurderes om det er i strid med Kvinnekonvensjonen art. 5 å anvende denne unntaksadgangen. Lovgiver burde også komme med klarere føringer på hva som er legitime grunner til

¹⁴⁵http://www.dagbladet.no/2009/10/20/nyheter/regjering/audun_lysbacken/innenriks/politikk/8651360/

¹⁴⁶NOU 2009:14 s. 258

¹⁴⁷Begrensningen til ”særlige tilfeller” i likestillingsloven § 3 fjerde ledd

lønnsdifferensiering. Unntaksbestemmelsen i § 3 fjerde ledd kan ikke være så vid at ingen arbeidstakere vinner frem med sine påstander. Dersom situasjonen er slik vil likelønnsprinsippet gi dårlig rettsbeskyttelse.

11.3. Håndhevingsorganene

Dagens rettstilstand kan tyde på at det er en for høy terskel hos håndhevingsorganene for å vinne frem med påstand om lønnsdiskriminering. Lovendringen i 2002 hadde til formål å gjøre det lettere å påvise brudd på § 5. Likevel er det tilnærmet ingen som har nådd frem på dette grunnlaget. Det er viktig at håndhevingsorganene våger å bruke de bestemmelsene de har for å fremme likestilling og til å bekjempe diskriminering. Lovgiver har gitt håndhevingsorganene likestillingsloven § 5, med det formål å bruke bestemmelsen som et kraftfullt instrument for å påvirke lønnsforskjeller. Da er det viktig at likelønnsprinsippet brukes til dette.

Det å føre en likelønnskamp mot arbeidsgiver er ressurskrevende og belastende. Det forhold at det er vanskelig å vinne frem hos håndhevingsorganene har den konsekvens at for mange arbeidstakere vil det være enklere å bytte jobb, fremfor å innklage arbeidsgiver. Dette svekker likelønnsinstituttet. Det er derfor viktig at terskelen for å vinne frem med lønnsdiskriminering senkes. Dette kan for eksempel gjøres gjennom å stille større krav til arbeidsgivers bevisbyrde. Et forslag kan være å la flertallets avgjørelse i den danske Høyesterettsavgjørelsen av 29.9.2009 og LDN sak 6/2007 være retningsgivende for hvordan håndteringen av bevis skal skje. Hvordan bevisene vurderes er avgjørende for om det foreligger lønnsdiskriminering. I Ombudet sak 07/406 ble flertallets avgjørelser i LDN 6/2007 fulgt opp. Her konkluderte Ombudet med at det forelå lønnsdiskriminering. Dette viser at disse retningslinjene vil beskytte arbeidstakerne, og at terskelen for å vinne frem med likelønnsprinsippet vil senkes. I Harstad-saken er jeg av den oppfatning at bevisbyrden ikke praktiseres i samsvar med flertallets avgjørelse i LDN sak 6/2007. Her hadde Nemndas flertall et for ensidig fokus på ingeniørene. Dette gjaldt særlig i forhold til spørsmålet om markedsverdi var en legitim grunn til lønnsdifferensiering. Håndhevingsorganene må være konsekvente ved bevisbedømmelsen. Det er viktig at hver enkel av arbeidsgivers påstand vurderes på samme måte, og at håndhevingsorganene tar stilling til om det er sannsynlighetsovervekt for at situasjonen er slik arbeidsgiver sier. Det er ikke tilstrekkelig at bare enkelte av arbeidsgivers påstander underlegges denne vurderingen som flertallet i LDN

6/2007 oppstiller. I bevisvurderingen er det også viktig at begge parter behov og argumentasjon blir vurdert like grundig. På denne måten vil det foreligge en likebehandling av både arbeidsgiver og arbeidstaker ved håndheving av likelønnsbestemmelsen.

Håndhevingsorganene må i tillegg være bevisste på hva slags argumenter som vektlegges. Mindretallet i LDN 6/2007 la vekt på at kommunen hadde ansatt andre sykepleiere som var i fødselspermisjon på samme tidspunkt. Når likestillingslovens regler gjelder i forholdet mellom innklager og innklagede er det viktig at argumentene som vektlegges også refererer seg til dette partsforholdet. Da slipper man at det enkelte individs rett til å ikke bli diskriminert uthules på grunn av utenforliggende omstendigheter.

Det er en svakhet ved dagens rettstilstand at retten til erstatning og oppreisning ikke blir anvendt ved brudd på § 5. Ved at arbeidsgivere blir dømt for brudd på likelønnsbestemmelsen vil dette være en oppfordring til andre arbeidsgivere om å ha ryddige rutiner rundt lønnsfastsettelsen. Når potensielle aktører som kan komme til å diskriminere vet at de løper en risiko for å måtte betale høye beløp i erstatning og oppreisning, slik som arbeidsgiver ble pålagt i den danske Høyesterettsdommen av 29.9.2009, vil dette være et insitament til å opptre slik at loven ikke brytes¹⁴⁸. Det er derfor behov for at det skjer en endring på dette feltet. En slik endring vil være med på å effektivisere innholdet av likestillingsloven § 5. Etter min mening er et viktig skritt i riktig retning å gi Nemnda kompetanse til å ilegge erstatning og oppreisning. Samtidig må det også jobbes aktivt med, og tilrettelegge for at arbeidstakere anlegger likelønssaker direkte for domstolene.

¹⁴⁸ NOU 2009:14 side 279

12. Kildeoversikt

Litteratur

Gisle, Jon, *Jussleksikon*, Kunnskapsforlaget, 2003

Hedlund, Mary-Ann og Brit Djupvik Semner, *Likestillings- og diskrimineringslovene - med kommentarer*, Bind I, Fagbokforlaget, 2008

Hellum, Anne og Kristin Ketscher, *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Universitetsforlaget, Oslo 2008

HK*NYTT, Fagblad for handel og kontor i Norge, Nummer 9, 2009, Årgang 103

Likestillings- og diskrimineringsnemnda, Erfaringer etter 2 år, Juridiske vurderinger, 28. april 2008

Likestillings- og diskrimineringsnemnda, årsrapport 2008

Likestillings- og diskrimineringsombudet, Praksis 2008, Diskrimineringsjuss i praksis

Storeng, Nils H., Tom Henrik Beck og Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, Universitetsforlaget, 2008

Vigerust, Elisabeth Arbeid, *Barn og likestilling, Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet*. TANO Oslo 1998

Vigerust, Elisabeth *Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn, Likestillingsloven og Norges internasjonale forpliktelser*. Publisert: Kvinnerettslig studier nr. 49. Institutt for offentlig retts skriftserie. Nr 4/2003

Lover

Diskrimineringsombudsloven	Lov 10.juni 2005 nr.40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring av norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 nr 54/1969 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
Likestillingsloven	Lov 9.juni 1978 nr.45 om likestilling mellom kjønnene
Twisteloven	Lov 17. juni nr. 90/2005 om mekling og rettergang i sivile saker

Konvensjoner og avtaler

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)
FNs kvinnekonvensjon	Konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol

Forarbeider

Norges offentlige utredninger

NOU 1997:10	Arbeidsvurdering som virkemiddel for likelønn
NOU 2008:6	Kjønn og lønn
NOU 2009:14	Et helhetlig diskrimineringsvern

Stortingsmelding

St.meld. nr. 27 (2001-2002)	Om EØS-samarbeidet 1994-2001
St. meld. Nr. 26 (2008-2009)	Om offentlig rettshjelp

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 33(1974-75)

Ot. Prp. Nr. 77 (2000-2001)

Om lov om endringer i likestillingsloven mv.
(plikt til å arbeide for likestilling, skjerping
av forbudet mot forskjellsbehandling på
grunn av kjønn, forbud mot seksuell
trakassering mv.)

Ot. Prp. Nr. 33 (2004-2005)

Om lov om forbud mot diskriminering på
grunn av etnisitet, religion mv.
(diskrimineringsloven)

Ot. Prp. Nr. 35 (2004-2005)

Om lov om endringer i likestillingsloven mv.
(Gjennomføring av Europaparlaments- og
rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av
FN-konvensjonen om avskaffelse av alle
former for diskriminering av kvinner med
tilleggsprotokoll i norsk lov)

Direktiver

Direktiv 75/117/EØF

Om tilnærming av medlemsstatenes
lovgivning om gjennomføring av prinsippet
om lik lønn til mannlige og kvinnelige
arbeidere.

Direktiv 86/378/EØF

Direktiv 86/378/EØF om gjennomføring av
prinsippet om lik behandling av menn og
kvinner i yrkesbaserte trygdeordninger

Direktiv 92/85

Council Directive 92/85/EEC of 19 October
1992 on the introduction of measures to
encourage improvements in the safety and
health at work of pregnant workers and
workers who have recently given birth or are
breastfeeding

Direktiv 97/80 EØF

Rådsdirektiv 97/80/EF om provtyngsla i
samband med skilnadshandsaming på
grunnlag av kjønn

Direktiv 2000/43

Council directive implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin

Direktiv 2002/73/EF

Direktiv 2002/73/EF av 13. september 2002 som endrer direktiv 76/207/EØF om gjennomføringen av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner når det gjelder tilgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse og om arbeidsbetingelser

Direktiv 2006/54/EF

Om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrkesdeltakelse

Avgjørelser fra EFTA/EF-domstolen

E-1/02 Universitetet i Oslo

C-14/83 Colson

C-170/84 Bilka

C-177/88 Dekker

C-109/88 Danfoss

C-184/89 Nimz

C-200/91 Coloroll

C-271/91 Marshall II

C-127/92 Enderby

C-400/93 Royal Copenhagen

C-236/98 Jämo

C-63/08 Pontin

Avgjørelser fra dansk Høyesterett

Dom av 29.9.2009

Avgjørelser fra ordinære domstoler

Oslo tingrett TOSLO-2007-77419

Borgarting lagmannsrett RG-2008-1549

Avgjørelser fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda

LDN sak 17/2006 Typograf

LDN sak 26/2006

LDN sak 6/2007

LDN sak 23/2008 Harstad

Uttalelser fra Likestillings- og diskrimineringsombudet

Uttalelse i ”Klagesak om avlønning av typograf og konsulent”

LDO sak 06/786

Harstad sak 06/1834

LDO sak 07/406

Avgjørelser fra Klagenemnda for likestilling

LKN sak 5/1990

Sak. nr. 1/2001 ACE-saken

Personer

Hansteen, Christopher

Helgeland, Geir

Holgersen, Gudrun

Ketscher, Kristin

McClimans, Else Leona

Mail mottatt fredag 06.11.2009 12:48

Samtale 21.10.2009

Foredrag om ”Oversikt over Nemndas saker”
på konferanse om Diskrimineringsjuss i
arbeidslivet – Et vern i utvikling” 26.10.2009

Veiledningstime 5.11.09

Foredrag om ”Oversikt over
diskrimineringssaker behandlet av
domstolene” på konferanse om
Diskrimineringsjuss i arbeidslivet – Et vern i
utvikling” 26.10.2009

Internett

BBC NEWS, UK, ENGLAND, CUMBRIA, Union claims record equal pay win, 2009,
http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/cumbria/4261955.stm [Sisert 14.11.2009]

Equality North East, Cumbria Council equal pay deal accepted almost 200 women, 2009,
<http://www.equality-ne.co.uk/news/articles/7437> [Sisert 14.11.2009]

Gunnar Thorenfeldt, Jeg har konstant dårlig samvittighet – Nyheter – dagbladet.no, 2009,
http://www.dagbladet.no/2009/08/31/nyheter/valg_2009/valg09/eldre/eldreomsorg/7883404/
[Sisert 14.11.2009]

Likestillings- og diskrimineringsombudet, Vant frem i likelønnsak, 2009,
<http://ldo.no/no/Aktuelt/Nyheter/Arkiv/2009/Vant-frem-i-likelønnsak/> [Sisert 14.11.2009]

Line Fransson, «Vi har fått de statsrådspostene vi ønsket oss», 2009,
http://www.dagbladet.no/2009/10/20/nyheter/regjering/audun_lysbacken/innenriks/politikk/8651360/ [Sisert 14.11.2009]

Randi Kvåle Iversen, Guro (28) slutter – blir heller fotograf – Nyheter – Innenriks –
Aftenposten.no, 2009, <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article3008761.ece> [Sisert
14.11.2009]

Sykepleien.no, Ikke etter planen, 2009,
http://www.sykepleien.no/ikbViewer/page/sykepleien/vis/artikkel-nyhet?p_document_id=257704 [Sisert 14.11.2009]